

TAÍZA DE BARROS PALAZZO

**A (in)exigibilidade da contribuição
previdenciária sobre o aviso prévio indenizado**

Brasília

2013

TAÍZA DE BARROS PALAZZO

**A (in)exigibilidade da contribuição
previdenciária sobre o aviso prévio indenizado**

Monografia apresentada para conclusão do Curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do bacharelado, sob a orientação do Professor Antônio Umberto de Souza Junior.

**Brasília
2013**

RESUMO

Esse trabalho examina a exigibilidade ou não da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado. Sustenta a natureza indenizatória de tal direito trabalhista por destinar-se a ressarcir o trabalhador ou o empregador do prejuízo causado pela outra parte no contrato de trabalho por tempo indeterminado, quando da decisão de extingui-lo subitamente e sem justa causa. E, sendo verba indenizatória, defende-se a inexigibilidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, ainda que não esteja ele expressamente no rol das respectivas verbas trabalhistas isentas na forma do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91. Assim, nem mesmo o forte argumento trazido pelo art. 487, § 1º, da CLT, de que o aviso prévio deve ser sempre computado como tempo de serviço deve sobrepor-se ao eminente caráter indenizatório da verba em questão e, conseqüentemente, à inexigibilidade de se incluir o aviso prévio indenizado no salário de contribuição para efeito de arrecadação das receitas previdenciárias.

Palavras-chave: Aviso Prévio Indenizado. Contribuições Previdenciárias. Direito do Trabalho. Direito Previdenciário.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.....	7
1.1 Conceito de Seguridade Social.....	7
1.2 O segurado/contribuinte.....	9
1.2.1 Segurados obrigatórios.....	11
1.2.2 Segurados facultativos.....	14
1.3 Fontes de custeio.....	14
1.3.1 A contribuição previdenciária como espécie das contribuições sociais.....	16
1.3.2 Destinação da contribuição previdenciária e seus beneficiários.....	17
1.3.3 Fator gerador das contribuições sociais.....	20
1.3.4 Parcelas sobre as quais incide contribuição social.....	21
2 O AVISO PRÉVIO.....	24
2.1 Conceito.....	24
2.2 Modalidades.....	27
2.3 Natureza jurídica.....	30
2.3.1 Naturezas salarial e indenizatória.....	31
2.4 Proporcionalidade do aviso prévio.....	33
3 A (IN)EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO.....	38
3.1 Decreto nº 6.727/2009 x Decreto nº 3.048/1999.....	38
3.2 O artigo 487, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho e a modificação do art. 28, § 9º, alínea “e” da Lei nº 8.212/1991 e argumentos a favor da exigibilidade.....	39
3.3 As divergências jurisprudenciais.....	44

3.4 Natureza remuneratória ou indenizatória do aviso prévio indenizado.....	48
3.5 A inexigibilidade de se incluir o aviso prévio indenizado na base de cálculo da contribuição ao INSS.....	48
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem a finalidade de expor os pontos de vista em torno da cobrança de contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado. Os artigos do Capítulo VI (Do Aviso Prévio), do Título IV (Do Contrato Individual de Trabalho), em especial o § 1º do art. 487, da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como as normas que regulamentam a Seguridade Social e a Previdência, quais sejam, a Lei nº 8.212/91 e os Decretos nº 6.727/09 e 3.048/99, servirão como base do estudo aqui feito, sendo analisadas pela ótica doutrinária e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, o objeto a ser apresentado serão as contribuições previdenciárias que se destinam a custear o programa da previdência social instituído pelo Governo Federal cuja finalidade é proteger e amparar o maior número possível de cidadãos e seus dependentes que contribuem financeiramente para o sistema, nos momentos de extrema necessidade. O olhar será voltado para conceituar, resumidamente, os principais tópicos do direito previdenciário, o que irá levar à compreensão dos questionamentos trazidos, na sequência, a respeito das verbas que devem ou não ser incluídas na base de cálculo para a contribuição previdenciária.

No segundo capítulo, o objetivo, por sua vez, consiste em fazer um estudo mais detalhado quanto ao aviso prévio, em todos os seus aspectos principais, seja na modalidade trabalhada ou indenizada, abordar aspectos relevantes e contraditórios acerca da nova lei da proporcionalidade do aviso prévio bem como trazer a importantíssima discussão quanto a sua natureza jurídica, salarial ou indenizatória, para entender os seus efeitos jurídicos refletidos no instituto da Seguridade Social.

O terceiro capítulo, por fim, após análise em separado dos dois institutos que serão os principais objetos de estudo do presente trabalho, as contribuições previdenciárias e o aviso prévio indenizado, terá por finalidade experimentar a fusão de ambos para observar se se identificam ou se repelem. Em outras palavras, o terceiro capítulo traz o real propósito desta monografia que é agregar todos os argumentos em prol da incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e todos os argumentos contra a ideia de que o

aviso prévio indenizado deve estar incluído no salário de contribuição para que o leitor possa tirar suas próprias conclusões ao fim.

Em busca de tal finalidade, será dada ênfase à discussão quanto à natureza jurídica do aviso prévio indenizado, que alguns entendem ser salarial e, outros, indenizatória, inclusive no campo da jurisprudência.

1 CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

1.1 Conceito de Seguridade Social

A Seguridade Social é um tipo de ação adotada pelo Governo a fim de, ao recolher recursos advindos de contribuições pagas pelos contribuintes, vertê-los à proteção da saúde, da previdência e da assistência social e garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos, eliminando a condição de necessidade que possam se encontrar.¹

No presente trabalho, a abordagem será quanto ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS que fica a cargo do Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS, autarquia federal. Já o regime próprio é típico dos servidores públicos civis efetivos e dos militares, o qual não será aqui estudado.

Vale ressaltar o caráter abrangente da Seguridade Social, pela sua proteção se estender a toda a população, independente de contraprestação por parte do necessitado. Além de toda a sociedade como financiadora, o Poder Público também vai participar do sistema, quando ocorrerem eventuais insuficiências financeiras.² O interessado tem de suportar suas próprias necessidades. A Seguridade Social só vai aparecer subsidiariamente para ajudar, caso ele não consiga suportar suas próprias necessidades.

Para Marcus Orione Gonçalves Correia, a Seguridade Social pode ser enxergada sob duas perspectivas, quais sejam, a política e a jurídica. A primeira entende que a finalidade precípua da Seguridade Social é a “proteção da necessidade social, ou seja, estende-se a toda a sociedade e tem como principal prestador o Estado, em missão fundamental”.³ A segunda segue o entendimento de que a Seguridade Social é “o meio ou instrumento com que se pretende almejar a finalidade de proteção às necessidades sociais, por meio de uma organização normativa instrumental e das relações jurídicas decorrentes”.⁴

Segundo Wladimir Novaes Martinez:

“Seguridade Social é uma técnica de proteção social avançada em relação à Previdência Social, capaz de integrá-la com a assistência social e incorporar

¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 99.

² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 142.

³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

as ações de saúde. Mas, mais ainda, é um esforço nacional extraordinário no sentido de um amplo atendimento à população”.⁵

A Seguridade Social, portanto, nada mais é que o reconhecimento pelo Estado da necessidade de todos os homens para se alcançar uma estabilidade para o futuro. Assim, por meio do INSS, o Estado arrecada contribuições de seus partícipes e, quando atingidos pelo infortúnio, os ampara.⁶

As características da Seguridade Social seriam: a) seguro comunitário; b) poupança coletiva; c) aplicação de capitais; d) geração de rendas; e) salário diferido; f) monopólio estatal; g) política permanente; h) indenização de danos; i) objeto do Direito Previdenciário e direito subjetivo; j) submeter-se a um conceito doutrinário.⁷

Os componentes da noção de Seguridade Social dividem-se em saúde, assistência social e Previdência Social. Primeiramente, os recursos destinados à área da saúde são custeados por toda a população e servem para recuperar e prevenir os necessitados de doenças e outros agravos, oferecer uma política social e econômica e proporcionar ações e serviços para a proteção e recuperação do indivíduo.⁸

Da mesma forma ocorre com a assistência social, em que a responsabilidade é de toda a sociedade. A assistência é a forma de solidariedade, independente de contribuição por parte do necessitado, prestada àqueles que estão no máximo da exclusão social para atender suas necessidades vitais, ou seja, os hipossuficientes. Para Wladimir Novaes Martinez, saúde é espécie da assistência social.⁹

Por fim, a Previdência Social se distingue dos anteriores visto ser condicionada a um pagamento prévio pelo assistido, na forma de contribuição social. É o sistema destinado a reunir recursos para atender às necessidades futuras do segurado ou seus dependentes, tais

⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. CD – *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. Brasília: LTr/Rede Brasil, 1999.

⁶ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II: Previdência Social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 94.

⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32-33.

⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo I: Noções de Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 61.

como as contingências decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, concedendo aposentadorias, pensões, etc.¹⁰

A Seguridade Social difere do instituto da Previdência Social, pois aquela é mais abrangente e esta é mais restritiva. Os beneficiários da Previdência Social são somente aqueles que contribuem para o sistema, enquanto que, para a saúde e a assistência social, basta a existência da necessidade do homem para ser protegido por um serviço ou prestação em dinheiro. Conclui-se que a Seguridade Social é gênero de que a Previdência é espécie.

Para Sergio Pinto Martins, haveria um contrassenso dentro do sistema adotado pela nossa Constituição Federal ao se exigir contribuição por parte do segurado, quando se tratar de Previdência Social, pois a verdadeira ideia de Seguridade Social é a de a pessoa ter direito a benefícios e serviços sem ter precisado contribuir.¹¹

Dessa forma, percebe-se a concepção comutativa da Previdência Social, que indica que o direito a gozá-la advém do exercício de uma atividade profissional e assalariada. Significa que, para adquirir o direito de receber prestações a título de Previdência Social, o receptor deve realizar um trabalho. Percebe-se, também, uma concepção distributiva, na qual a coletividade é que toma para si as prestações destinadas a garantir o bem-estar de todos, assegurando uma melhor distribuição de renda.¹²

A Seguridade Social, como gênero, ampara os segurados e seus dependentes, nas hipóteses em que houver necessidade de saúde, assistência social e Previdência Social, como espécies, mediante contribuição ou não, como será visto a seguir.

1.2 O segurado/contribuinte

Os termos “segurado” e “contribuinte”, ainda que coincidam muitas vezes quanto ao sujeito passivo da relação jurídica, por serem os beneficiários do sistema previdenciário, possuem diferenças de significado.

Contribuinte é um sujeito passivo da obrigação tributária, podendo ser pessoa natural ou jurídica. São pessoas legalmente sujeitas ao pagamento dos encargos tributários por

¹⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

¹² CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30-31.

terem relação direta e pessoal com a situação que constitua o respectivo fato gerador.¹³ O Código Tributário Nacional conceitua contribuinte em seus artigos 121, *caput* e 122.

Outro sujeito passivo da obrigação tributária é uma terceira pessoa, que é o responsável tributário pela arrecadação da contribuição. É o caso da empresa, do empregador doméstico ou da empresa que explorou a mão-de-obra avulsa, que têm que recolher a contribuição dos segurados diretamente ao Fisco. Portanto, se houver inadimplemento advindo dos seus empregados, a empresa é que será responsabilizada e, conseqüentemente, responderá pelas obrigações financeiras perante o Fisco.¹⁴

A ideia de segurado vem do contrato de seguro do Direito Civil em que o segurado faz o contrato de seguro com a seguradora para ficar coberto contra certo risco.¹⁵

O segurado, por sua vez, só pode ser pessoa natural. É o principal contribuinte do sistema previdenciário em função do vínculo jurídico que possui com a seguridade social, tendo em vista que devem verter contribuições para o fundo. Há, no entanto, situações em que a contraprestação não é condição *sine qua non* para que o segurado necessitado goze dos benefícios e serviços, ou seja, em que não lhe é exigido uma carência de quantidade mínima de contribuições pagas.¹⁶

O enquadramento de segurado, geralmente, advém de uma relação trabalhista prévia, ou seja, o indivíduo, para ser segurado, tem que ser um empregado. Esse seria o segurado obrigatório, de quem a lei exige a participação no custeio da seguridade social, concedendo-lhe, em contrapartida, os benefícios e serviços. Os indivíduos enquadrados nesse rol seriam o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador autônomo, o empresário, o trabalhador avulso e o segurado especial.¹⁷

Ocorre que, dentro da realidade brasileira, existem muitos indivíduos que não mantêm uma relação de trabalho ou emprego. Ficariam, então, desamparados pelos benefícios que a Seguridade Social confere aos seus segurados? Não, em prol do Princípio da Universalidade de Cobertura e Atendimentos, surge a figura do segurado facultativo, ou seja, que não tem regime previdenciário próprio nem se enquadra na condição de segurados

¹³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 117.

¹⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 143.

¹⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 103.

¹⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 122.

¹⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 131.

obrigatórios e verte contribuições voluntariamente. Seriam o desempregado, a dona de casa e o estudante.¹⁸

A figura do segurado facultativo, criada com a Constituição Federal de 1988, foge dos objetivos que inspiraram a previdência social, pois o benefício visa a substituir os rendimentos do trabalho.¹⁹ No entanto, o direito à proteção social da Seguridade Social passou a ser universal, justamente pelo princípio supramencionado.

Passe-se à análise detalhada dos segurados.

1.2.1 Segurados obrigatórios

São aqueles filiados independentemente de sua vontade.

a) Empregados

São os que mantêm uma relação de emprego e os que a eles se equiparam, caso não possuam regime próprio. Esses têm que exercer atividade remunerada e lícita, de natureza urbana ou rural, prestando serviços de caráter não eventual e pessoal a empregador e sob sua dependência e subordinação. São aqueles abrangidos pelo inciso I do art. 12 da Lei n. 8.212/91.

Importante destacar, nesse enquadramento, a posição do diretor-empregado como segurado do sistema, porque, ao mesmo tempo em que exerce função de diretor na empresa, continua tendo subordinação ao empregador²⁰ (alínea "a" do referido dispositivo).

b) Empregado doméstico

É a pessoa que presta serviços no âmbito residencial de uma pessoa ou família, sem fins lucrativos e continuamente. Não se exige, para esse enquadramento, que as

¹⁸ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.64.

¹⁹ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 35.

²⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 106.

atividades sejam exercidas dentro da residência, mas pode se estender a outros locais do convívio familiar.²¹

c) Contribuinte individual

Essa categoria engloba os segurados empresário, autônomo e equiparado a autônomo cujo rol encontra-se no art. 9º, V, do Decreto n. 3.048/99. Alguns daqueles que são previstos nesse dispositivo legal são os exploradores de atividade agropecuária, os garimpeiros, o ministro de confissão religiosa, o brasileiro que trabalha no exterior, em organismo oficial internacional, o empresário individual urbano ou rural, o diretor na sociedade anônima, os sócios nas sociedades em nome coletivo, o sócio gerente e o sócio cotista, o prestador de serviço urbano ou rural, o aposentado, o microempreendedor, dentre outros.

c.1) Empresário

São as pessoas naturais titulares de firmas individuais e sociedades que exerçam profissionalmente atividade economicamente organizada, visando à produção de bens e serviços para o mercado, com finalidade de lucro. Assim, são segurados o diretor não-empregado e o sócio-gerente, ou seja, aqueles que exercem a atividade empresarial remunerada. Já o sócio cotista ou acionista não é alcançado pelo conceito de segurado porque não exercem atividade profissional.²²

c.2) Trabalhador autônomo

É aquele que exerce atividade econômica remunerada, por conta própria, sem relação de emprego e insubordinado. É o caso dos profissionais liberais, representantes comerciais, corretores de imóveis etc.²³

²¹ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78.

²² FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33.

²³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 145-146.

d) Trabalhador avulso

É quem exerce atividade de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, a duas ou mais empresas, pertencendo ou não a sindicato, porém com a intermediação obrigatória do sindicato de sua categoria profissional ou do órgão gestor de mão-de -obra. São exemplos extraídos do Decreto n. 3.048/99:

- a) “o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco;
- b) o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério;
- c) o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios);
- d) o amarrador de embarcação;
- e) o ensacador de café, cacau, sal e similares;
- f) o trabalhador na indústria de extração de sal;
- g) o carregador de bagagem em porto;
- h) o prático de barra em porto;
- i) o guindasteiro; e
- j) o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos”.

e) Segurado especial

Tendo em vista a inclusão dos empregados rurais, há uma classe diferenciada prevista no art. 195, § 8º da Constituição Federal. São segurados especiais o produtor, parceiro, meeiro, arrendatário, comodatário e pescador artesanal que exercem atividade individualmente ou em regime de economia familiar, ou seja, a família trabalha a fim de se autossustentar e não de obter lucro. Portanto, não pode haver empregados permanentes sob sua subordinação, apenas pessoas que venham a ajudá-los esporadicamente.²⁴

Para esses, a alíquota da contribuição previdenciária será aplicada sobre o resultado da comercialização da produção. Vale ressaltar que a família mencionada, deve ser composta pelo cônjuge/companheiro, e os filhos maiores de dezesesseis anos.²⁵

²⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 151.

²⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 151-153.

1.2.2 Segurados facultativos

São aqueles que desfrutam do privilégio constitucional e legal de se filiar ao RGPS. É a pessoa que, não estando em nenhuma situação que a lei considera como segurado obrigatório, deseja contribuir para a Previdência Social, desde que seja maior que dezesseis anos e não esteja vinculado a nenhum outro regime previdenciário.²⁶

São admitidos como filiados na qualidade de segurados facultativos, as pessoas físicas elencadas no art. 11 do Decreto n. 3.048/99, quais sejam, dentre outros, a dona-de-casa, o síndico de condomínio, o estudante, o estagiário, aquele que deixou de ser segurado obrigatório da Previdência Social e o presidiário.

1.3 Fontes de custeio

O custeio é a atividade-meio da Previdência Social e centra-se onde o direito previdenciário encontra-se com o tributário e o trabalhista, precisamente onde os três ramos jurídicos mais se entrelaçam e se influenciam. O objetivo ou a atividade-fim da Previdência Social é a prestação de benefícios e serviços, a fim de propiciar os meios de subsistência da pessoa humana conforme estipulado na norma jurídica.²⁷

A Constituição Federal declara a responsabilidade de toda a sociedade pelo financiamento da Seguridade Social. Contudo, diante da importância em manter o custeio do sistema, há, além do recolhimento das contribuições sociais efetuado diretamente pela população aos cofres públicos, a forma indireta de custeio.²⁸ Assim, o Poder Público vai atuar supletivamente, por intermédio dos orçamentos fiscais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, caso as receitas obtidas pelas fontes diretas não sejam suficientes para o seu completo financiamento e manutenção (art. 16 da Lei n. 8.212/91).²⁹

As fontes de custeio da Seguridade Social estão previstas no art. 195 da Carta Magna.

²⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 153.

²⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 121.

²⁸ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60-62.

²⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 118.

Genericamente, o custeio da Seguridade Social, para Martinez, são:

“Sempre riquezas criadas pelo homem, formal e contabilmente, oriundos de várias fontes, conforme desembolso direto e indireto. Valores capitalizados e algum rendimento da aplicação dessas importâncias, juros, multa, acréscimos de toda ordem, recebidos *in natura* ou em espécie, mediante pagamento ou depósito, obtidos administrativa ou judicialmente, nos prazos da lei ou após, mensalmente ou por meio de parcelamento”.³⁰

O principal objetivo do custeio é realizar plenamente a receita, operada por meio do recolhimento da contribuição e outros ônus.

De acordo com o art. 11 da Lei n. 8.212/91, o legislador elencou três fontes básicas: a) as empresas, sobre a retribuição dos prestadores de serviços, o faturamento e o lucro; b) os trabalhadores pessoalmente considerados, inclusive os empregados domésticos; e c) os concursos de prognósticos.

A exação securitária é obtida através de atividade estatal e particular e tem algumas características gerais que convém ser indicadas. Primeiramente, há obrigatoriedade legal quanto ao recolhimento, pois a contribuição é imposta. Há a periodicidade mensal, que indica que o recolhimento deve ser feito mensalmente; a noção de valor, que vale dizer que a contribuição tem expressão pecuniária indicada em moeda nacional; a continuidade do recolhimento das fontes de custeio, visto que as obrigações atendidas são contínuas; a obrigação de dar; a direcionalidade, ou seja, destinação e função das exações; e, por fim, a afetação ou finalidade, pois as contribuições já nascem predestinadas às prestações securitárias.³¹

A fim de externar e exemplificar quais seriam as fontes de custeio para a Seguridade Social, indicam-se o fato gerador e a base de cálculo da contribuição cabível a cada um dos segurados mencionados no tópico anterior:

Primeiramente, quanto ao empregado, a contribuição previdenciária recai sobre a sua remuneração efetivamente recebida ou creditada, cuja discriminação vem na folha de salários, ou seja, sobre tudo o que é pago ao empregado e que consta dessa mesma folha de salários. Os empregados fazem jus a um limite máximo do valor de sua contribuição.³²

³⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo I: Noções de Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 183-184.

³¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II: Previdência Social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 230-232.

³² FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 163-166.

Para o empregador empresário, a base de cálculo é o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, empresários, avulsos e autônomos que lhe prestem serviços. Incide a contribuição sobre o lucro, que seria o resultado final positivo de diferença entre a receita e a despesa, e o faturamento, que seria a receita bruta decorrente da venda de mercadorias na empresa.³³

O empregado autônomo, quando inscrito, recolhe a contribuição resultante da aplicação da alíquota de 20% (vinte por cento) sobre o seu salário de contribuição.³⁴

O empregador, diferentemente do empregado, não faz jus a um limite máximo do valor da contribuição. Assim, a empresa, que é tão somente contribuinte, e não segurada, contribui sobre o total da folha de pagamento, ainda que a remuneração do empregado ultrapasse o limite legal de seu salário de contribuição.³⁵

O custeio da Previdência Social era destinado basicamente com contribuições incidentes sobre a folha de salários, pagas pelo empregado e pelo empregador. Contudo, a lei instituiu também a contribuição tomando como base o faturamento e o lucro dos empregadores.

Por fim, é fonte de custeio a incidência de contribuição sobre a receita de concursos de prognósticos, ou seja, aquela resultante de jogos de azar, como corridas de cavalo, bingo, loterias, apostas, etc (art. 26 da Lei n. 8.212/91). Esses jogos geram um montante razoável motivo pelo qual lhes são cobradas exações a fim de desestimular tais atividades e aplicar a renda auferida para o financiamento da Seguridade Social.³⁶

1.3.1 A contribuição previdenciária como espécie das contribuições sociais

A Constituição de 1988, em seu art. 149, confere à União três espécies de contribuições: as sociais, as de intervenção no domínio econômico (interventivas) e as de interesse das categorias profissionais ou econômicas (corporativas), como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas. Ao tratar das contribuições sociais, estas subdividem-se em duas outras categorias: as gerais (art. 149, *caput*) e as destinadas ao financiamento da seguridade social (arts. 149, § 1º e 195), que objetivam financiar exclusivamente a previdência, saúde e a assistência social, espécies do gênero Seguridade Social.

³³ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 167-168.

³⁴ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 174.

³⁵ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 168.

³⁶ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 175.

Quando o assunto é contribuição social, devem-se observar as normas gerais do Direito Tributário e os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade.

Conforme descreve Hugo de Brito Machado, “contribuição social é como uma espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social.”³⁷

No mesmo sentido, também J. Franklin Alves Felipe entende que a Constituição Federal de 1988 instituiu a natureza tributária da contribuição destinada ao custeio da Previdência Social. Ao enquadrá-la no capítulo do Sistema Tributário, não restaram dúvidas de que a contribuição previdenciária é tributo.³⁸

1.3.2 Destinação da contribuição previdenciária e seus beneficiários

O caráter protetivo da Seguridade Social se resume justamente ao amparo que as pessoas recebem quando surgem ocasiões em suas vidas que as impossibilitam de serem autossuficientes e de passarem por determinadas necessidades sozinhas. Dessa forma, prevalece o entendimento do binômio evento-proteção social³⁹, que indica que, ocorrendo o evento, o segurado faz jus à proteção fornecida pela Seguridade Social.

Primeiramente, no período prelaboral enquadram-se aqueles que ainda não ingressaram no mercado de trabalho ou que dependem do segurado para viver. São eles os menores de 21 anos, o filho inválido, enquanto durar sua incapacidade, o cônjuge, o companheiro, e os pais e os irmãos que possam depender do segurado.⁴⁰

O primeiro evento na vida de um indivíduo que gera a necessidade de um amparo social é no nascimento cujo benefício social é o salário maternidade. Posteriormente, as crianças de famílias carentes recebem o benefício do salário família. Já para os eventos

³⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁸ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 160.

³⁹ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223.

⁴⁰ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224.

inesperados como a morte e a reclusão do arrimo da família, os dependentes do segurado fazem jus, respectivamente, à pensão por morte e ao auxílio-reclusão.⁴¹

Num momento futuro, quando o dependente passa a fazer parte do mercado de trabalho, a partir dos 16 anos, outros eventos podem lhe atingir, tais como o desemprego, ao qual será concedido o benefício do seguro-desemprego, desde que satisfeitos os requisitos mínimos para gozá-lo, e a incapacidade laboral, cujo sistema de proteção social é mais complexo.⁴²

Durante o período de incapacidade laboral temporária, em que há a possibilidade de recuperação do segurado, este fica no gozo do auxílio-doença, após o 15º dia de afastamento. Uma vez recuperado, após alta dada pelo INSS, cessa o direito ao auxílio-doença, a menos que sua recuperação tenha sido com sequelas, situação em que receberá o auxílio-acidente. Já quando a incapacidade caracteriza-se como permanente, então o segurado fará jus à aposentadoria por invalidez, fazendo cessar também seu auxílio-doença.⁴³

O segurado também pode ficar incapacitado para trabalhar e fazer jus ao auxílio-doença acidentário quando lhe ocorrer algum acidente no ambiente trabalhista. O acidente de trabalho é aquele ocorrido no exercício das atividades profissionais a serviço da empresa ou ocorrido no trajeto casa-trabalho-casa.

Na ordem cronológica, depois de trabalhar por anos e chegar à idade avançada, o indivíduo idoso fará jus à aposentadoria por idade, visto que a velhice é presunção de incapacidade laboral. Há também o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, que é concedido aos homens que contribuíram por 35 anos e às mulheres, por 30 anos.⁴⁴

Há também a figura da aposentadoria especial, conferida aos que prestam serviços sob condições ambientais que podem trazer prejuízo a sua saúde ou integridade física. Deles

⁴¹ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224-225.

⁴² TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

⁴³ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

⁴⁴ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 229.

exigem-se 15, 20 ou 25 anos de serviço prestado sob essas circunstâncias, a depender da atividade por eles exercida.⁴⁵

Em prol do princípio da universalidade de cobertura e atendimento, os beneficiários do Sistema da Seguridade Social, ou seja, dos benefícios mencionados, são os que contribuem para o Sistema. Simplificando, “o contribuinte do plano de Custeio da Seguridade Social (Lei n. 8.212/91) é o beneficiário no Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91)”.⁴⁶ Assim sendo, para saber quem são os beneficiários do referido sistema, vide item 2 desse Capítulo.

Além destes, seus dependentes também são beneficiários. A Lei n. 8.213/91, no art. 16, elenca o rol de dependentes, dividindo-os por classes de prevalência:

“I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente”.

Os dependentes da classe I têm a dependência econômica presumida. Já os das classes II e III têm que provar a dependência. Obviamente, os dependentes da classe I têm preferência sobre os das outras classes. Portanto, havendo dependentes da classe I, os das outras são automaticamente excluídos.⁴⁷

Também estão incluídos no rol de dependentes, equiparados aos filhos, o menor sob tutela sem suficientes para o próprio sustento e o enteado, ambos com idade inferior a 21 anos. Entretanto, os menores sob guarda foram excluídos do rol de dependentes⁴⁸.

⁴⁵ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 229.

⁴⁶ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 211.

⁴⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 167.

⁴⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 167-168.

1.3.3 Fato gerador das contribuições sociais

Sendo a contribuição previdenciária um tributo, mantém-se relação com os institutos aplicados ao direito tributário, a começar pelo fato gerador.

Primeiramente, tem-se o nascimento da obrigação principal previdenciária, que tem por objeto o pagamento da contribuição previdenciária ou penalidade. O fato gerador, então, é a situação, legalmente definida, necessária e suficiente à ocorrência da obrigação previdenciária principal. O art. 22 da Lei de Custeio define o fato gerador da obrigação previdenciária.

A contribuição é tributo incidente essencialmente sobre a circulação de serviços (remuneração e prestação dos serviços), através de vínculo empregatício, de natureza autônoma, empresarial ou doméstica. Desta forma, havendo a efetiva prestação de serviços, a contribuição é devida, ou seja, o fato gerador terá ocorrido!⁴⁹

Contudo, pode ocorrer que, após a prestação do serviço (ocorrência da hipótese de incidência, ou seja, do fato gerador), o empregado ainda não tenha recebido o seu salário, ocasião em que não se poderá exigir dele a contribuição, mas de seu empregador, que incorreu em mora salarial.

Nesse sentido, defende Martinez: "É importante não confundir o fato gerador (dever de retribuir o trabalho prestado) com o instante da sua cristalização. É o pagamento (e também o direito e o crédito), mas não exatamente quando ele acontece".⁵⁰

Na interpretação do fato gerador pelo Direito Tributário, não importaria sobre quais atividades incidiu a contribuição previdenciária, visto que há predominância do princípio do *non olet*, ou seja, a contribuição não tem odor. Portanto, ainda que a atividade fosse revestida de ilicitude ou imoralidade, far-se-ia o recolhimento da contribuição. Contudo, para o Direito Previdenciário e Trabalhista, o pressuposto básico para alguém ser segurado obrigatório é o exercício de uma atividade lícita, pois o exercício de atividade com objeto ilícito não encontra amparo na ordem jurídica.⁵¹

⁴⁹ FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 164.

⁵⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II: Previdência Social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 483.

⁵¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001. p. 131.

Ocorrido o fato gerador, surge a necessidade de se identificar o valor sobre o qual irá incidir a alíquota para pagamento da contribuição previdenciária: a base de cálculo. Esse valor, no direito previdenciário, denomina-se salário de contribuição.⁵² Abaixo veremos uma série de verbas trabalhistas, sobre cujas bases de cálculo incidem a contribuição previdenciária.

1.3.4 Parcelas sobre as quais incide contribuição social

Antes de mais nada, vale traçar uma definição a respeito das diferenças entre as naturezas salarial e indenizatória/compensatória.

Em primeiro lugar, a natureza salarial deve conter dois requisitos: a comutatividade e a existência de contrato de trabalho subordinado. Quanto ao primeiro requisito, para que se repute como salário, a verba deve ser paga em troca do serviço prestado pelo empregado em prol do empregador⁵³. No entanto, não se resume apenas à retribuição ao trabalho efetivamente prestado, mas também pelo tempo dispendido pelo empregado à disposição do empregador.

Dessarte, há diversas exceções à regra, a fim de que não fiquem excluídas verbas como o décimo terceiro salário e o salário dos dias de repouso, por exemplo. Nesse sentido, exemplifica Süsskind:

“É que a própria Consolidação, assim como as leis de proteção ao trabalho que lhe sucederam, consagra diversas exceções a essa regra, considerando como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ordens, sem trabalhar (art. 4o. da CLT); determinando o pagamento do salário nos dias de repouso compulsório (descanso semanal e em feriados - Lei n. 605, de 1949); impondo o pagamento da remuneração normal durante as férias anuais do empregado (art. 140 da CLT); garantindo ao empregado enfermo, nos primeiros quinze dias de ausência ao serviço o direito de receber os seus salários, por conta do seu empregador (art. 25 da Lei n. 3.807, de 26.8.60)”⁵⁴.

O segundo requisito é a existência de um contrato de trabalho. Só se pode falar em salário se a prestação pecuniária ocorrer da existência de um contrato de trabalho. Assim

⁵² FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁵³ VONS, Deborah Koliski. *Verba Remuneratória e Indenizatória: Conceito, Espécies e Efeitos*. Disponível em: <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_dkv_01.asp>. Acesso em: 17 abr. 2012.

⁵⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo, et alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. 1. p. 321-322.

sendo, o contrato de trabalho firmado entre o empregado e o empregador é *conditio sine qua non* para que se configure o caráter salarial da verba. Vale ressaltar que o salário tem por finalidade remunerar o serviço prestado, aumentando o patrimônio do empregado, habitualmente.⁵⁵

Por sua vez, a verba de caráter indenizatório se distingue da verba salarial na causa e no fato gerador. De acordo com o art. 113 do Código Tributário Nacional, quando surge uma obrigação de pagar um determinado tributo, a esta tem que haver um fato gerador respectivo. Enquanto que o fato gerador da remuneração consiste na realização de despesa com salários, provenientes de uma relação de trabalho, a indenização tem como escopo ressarcir um dano ou compensar um prejuízo a um bem jurídico ou a um patrimônio do empregado⁵⁶. O dano é o fato gerador da indenização que, quando paga, cessa a obrigação de pagar prestação indenizatória.

Para Amauri Mascaro Nascimento, as indenizações não integram o salário, pois estas têm como finalidade mais comum ressarcir e reparar os danos em prejuízo do empregado, conforme preceitua:

“Existem várias obrigações trabalhistas de natureza não salarial. A título exemplificativo enumerem-se, dentre as obrigações não salariais, indenizações, ressarcimento de gastos para exercício da atividade, diárias e ajudas de custos próprias, verbas de quilometragem e representação, participação nos lucros ou resultados desvinculada do salário, programas de alimentação e transporte, treinamento profissional, abono de férias não excedente de 20 dias, clubes de lazer...”⁵⁷

Ainda que haja previsão constitucional das contribuições sociais de natureza previdenciária, por demasiadas vezes os empregados-contribuintes são equivocadamente cobrados, o que gera enriquecimento ilícito para a União. Ocorre que nem todas as verbas recebidas pelos empregados sofrem incidência de contribuição social.

O § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91 lista, em suas alíneas de “a” a “x”, as verbas sobre as quais não incidem as contribuições previdenciárias, quais sejam, os benefícios da Previdência Social, as ajudas de custo, as parcelas *in natura*, as férias indenizadas e seu terço

⁵⁵ VONS, Deborah Koliski. *Verba Remuneratória e Indenizatória: Conceito, Espécies e Efeitos*. Disponível em: <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_dkv_01.asp>. Acesso em: 17 abr. 2012.

⁵⁶ VONS, Deborah Koliski. *Verba Remuneratória e Indenizatória: Conceito, Espécies e Efeitos*. Disponível em: <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_dkv_01.asp>. Acesso em: 17 abr. 2012.

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

constitucional, o aviso prévio, o vale-transporte, as diárias de hotéis, a bolsa de estagiário, a participação nos lucros da empresa, o auxílio doença, dentre muitas outras.

O mesmo dispositivo, considerado taxativo por uns e exemplificativo por outros, em sua alínea “f”, do inciso V, antes de ser revogada pelo Decreto n. 6.727 de 2009, indicava o aviso prévio indenizado como verba sobre a qual não se incidia a contribuição previdenciária. No entanto, após sua revogação, surgiram inúmeras controvérsias a respeito da natureza do aviso prévio indenizado e sua consequente submissão à cobrança da contribuição em questão ou não.⁵⁸

Destaque-se, muito embora com a alteração da alínea “e” do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.527/97, o aviso prévio tenha passado a integrar o salário de contribuição, não inseriu expressamente o aviso-prévio indenizado entre as parcelas trabalhistas que integram o salário de contribuição. Por outro lado, a circunstância de não constar expressamente na alínea “e” do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91 não pode ser considerada como intenção do legislador de inseri-la no salário de contribuição.⁵⁹

Essa discussão será objeto de estudo do presente trabalho.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 76200-51.2006.5.15.0113. Relator(a): Maria de Assis Calsing. 4º Turma. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2013.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 68600-56.2006.5.15.0152. Juiz Convocado Relator Flávio Portinho Sirangelo. 7ª Turma. Brasília, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2013.

2 O AVISO PRÉVIO

2.1 Conceito

É notificação antecipada devida à parte contrária por quem rescindir o contrato de trabalho. É declaração de vontade, pela qual a parte exerce, unilateralmente, o direito de rescindir o contrato por tempo indeterminado. É a necessidade de avisar o outro contratante e de um certo decurso de prazo entre o aviso e a extinção do contrato, como mecanismo atenuador do impacto da rescisão.⁶⁰

Para Maurício Godinho Delgado: “Aviso prévio, no Direito do Trabalho, é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso.”⁶¹

O aviso prévio é uma notificação que constitui obrigação de fazer para o pré-avisante, cujo objetivo é fixar-lhe o momento futuro de sua extinção.⁶² Diferentemente do que dispunha a Lei nº 62 de 1935, conhecida, na época, por “Lei da Despedida Injusta”, que aplicava apenas aos empregados o dever de comunicar a rescisão contratual, o aviso prévio consiste, ainda, na obrigação que tem qualquer das partes do contrato de trabalho por tempo indeterminado de notificar à outra de sua intenção de romper o vínculo contratual, em data futura e certa.⁶³

Vale ressaltar, que o instituto do aviso prévio é inerente aos contratos de duração indeterminada.⁶⁴ A parte, num contrato a termo, que desejar rescindi-lo antecipadamente, deverá arcar com uma indenização calculada na forma dos artigos 479 e 480 da CLT, indenização esta que não possui qualquer ligação com o aviso prévio.⁶⁵

Somente nos contratos por prazo determinado, que contenham cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação do término contratual, é que se falará em

⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1193

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 1170-1171.

⁶² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972. p. 177.

⁶³ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988. p. 43.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1193.

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1195.

aviso prévio, pois a rescisão contratual passará a seguir as regras do contrato por prazo indeterminado.⁶⁶

Alice Monteiro de Barros confirma a bilateralidade do instituto do aviso prévio, conceituando-o como “a comunicação que uma parte faz a outra, avisando-lhe que pretende resiliir o contrato de trabalho por prazo indeterminado.”⁶⁷

Da mesma forma, Amauri Mascaro Nascimento define brevemente que “o aviso prévio é a denúncia do contrato por prazo indeterminado, objetivando fixar o seu termo final”.⁶⁸

Aviso prévio, de acordo com Sérgio Pinto Martins “é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva”.⁶⁹

No Brasil, aviso prévio é o termo que se dá quando uma parte comunica, antecipada e obrigatoriamente, à outra, numa relação de emprego onde o prazo é indeterminado, de que deseja rescindir o contrato de trabalho existente entre ambas as partes, sem justa causa.

Sendo o contrato vigente por até um ano, a comunicação deve ser efetuada com prazo mínimo de 30 dias. Caso o contrato tenha completado um ano, três dias serão acrescidos ao período de comunicação obrigatória, ou seja de 30 dias. A cada ano de vigência do mesmo contrato acrescentam-se mais 3 dias ao prazo mínimo de 30 dias, sendo o aviso prévio limitado a um período de noventa dias, segundo entendimento previsto na Lei nº 12.506/2011.

Destarte, o aviso prévio gera dois efeitos. O primeiro é a fixação da data em que o contrato será extinto, a contar do momento em que uma das partes externa seu desejo de rescindir o contrato. O segundo é a redução do horário normal de serviço do empregado, a fim de que ele tenha tempo suficiente para encontrar outra ocupação.⁷⁰

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1195.

⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 946.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1972. p. 699.

⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 405.

⁷⁰ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988. p. 53.

O aviso prévio decorrente da iniciativa do empregado é a declaração da sua vontade e o exercício do seu direito de liberdade. Por outro lado, o aviso prévio decorrente de iniciativa do empregador é forma de limitar e obstar o direito que este tem de demitir o empregado, devendo ambos observar o prazo mínimo legal, sob pena de o empregado indenizar o empregador e vice-versa. Num caso ou noutro, o aviso prévio tem como finalidade diminuir o impacto da ruptura contratual para as duas partes, tanto empregado como empregador.⁷¹

Ademais, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões em Mandados de Injunção que indicam que o aviso prévio concedido pelo empregado deve ser diferente do concedido pelo empregador, considerando que o aviso prévio é uma garantia e um direito constitucional do trabalhador, e não do empregador.⁷²

A Súmula 276 do TST diz que o aviso prévio é irrenunciável pelo empregado, ou seja, este não pode abrir mão de receber do empregador o pagamento relativo ao período do aviso prévio, qual seja, de pelo menos 30, limitado a 90 dias, salvo se ficar comprovado que o empregado já tem novo emprego.

Vale ressaltar, que o instituto do aviso prévio, constituindo ônus ao empregador e direito do empregado, é cabível nas terminações contratuais em que o empregado foi dispensado sem justa causa, em que o empregado perde seu emprego, porque a empresa foi extinta e, ainda, na dispensa indireta, ou seja, quando o empregador foi quem cometeu a infração.⁷³

Por sua vez, na rescisão do contrato de trabalho resultante de pedido de demissão do empregado, o aviso prévio também é cabível, mas aqui é ônus do empregado e direito do empregador. E, por fim, o aviso prévio é pago pela metade na rescisão por culpa recíproca (Súmula nº 14 do TST) e não cabe quando de dispensa por justa causa do empregado.⁷⁴

⁷¹ PORTO, Roberta Guasti. OJ n. 367 da SDI-1 do TST: Aviso-Prévio de 60 dias Concedido por Norma Coletiva. Efeitos. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*, 2. ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 322.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 278/MG. Tribunal Pleno. Brasília, 03 de dezembro de 2001; e MI 95/RR. Tribunal Pleno. Brasília, 07 de outubro de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2013.

⁷³ DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1196.

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1196.

2.2 Modalidades

As modalidades do aviso prévio são duas: o aviso prévio trabalhado e o aviso prévio indenizado.

O primeiro é a regra e ocorre na situação em que a parte comunica seu desejo de rescindir o contrato de trabalho e que ainda prestará serviços pelo prazo de trinta dias, ou mais, dependendo da duração total da vigência do contrato.

O aviso prévio laborado pode ser cumprido de duas maneiras: reduzindo-se duas horas diárias da jornada de trabalho do empregado, no período do aviso prévio, ou suprimindo sete dias de trabalho, ambos sem prejuízo do salário (art. 488 da CLT). A intenção do legislador é permitir ao empregado prazo para conseguir nova colocação, aproveitando melhor seu tempo livre.⁷⁵

Em atenção à Súmula nº 230 do TST, as duas horas que devem ser reduzidas diariamente no prazo do aviso prévio, não podem ser trabalhadas e, posteriormente, pagas a título de horas extras, pois frustraria o objetivo da redução da jornada, que consiste justamente em viabilizar ao empregado que encontre outro emprego ou que o empregador se ajuste à condição de falta de empregado.⁷⁶

Vale ressaltar que a proporcionalidade ao tempo de serviço não alcança o aviso prévio trabalhado, devendo o empregado trabalhar somente trinta dias.⁷⁷

A segunda modalidade de aviso prévio é exceção à regra e se dá quando o empregado é demitido sem justa causa e o empregador determina que o trabalho do empregado não é necessário durante o período do aviso. Neste caso, o empregador indenizará o valor correspondente a trinta ou mais dias de serviço, a depender da duração do contrato de trabalho, por determinação da nova Lei n. 12.506/11.⁷⁸

⁷⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1197-1198.

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1197.

⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1198.

⁷⁸ PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. *Aviso Prévio Indenizado e a Data da Baixa na CTPS Sob a Ótica da OJ 82 da SDI-1 do TST*. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/aviso_ctps.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

Ainda que se trate de exceção, o aviso prévio indenizado é o meio mais comum pelo qual os empregadores se utilizam, pois “evita os desgastes de relacionamento que podem ocorrer após a comunicação empresarial sobre a ruptura do contrato.”⁷⁹

A este ponto, é importante abordar o tema do fato gerador do aviso prévio. O entendimento dos tribunais é de que a dispensa sem justa causa seria o fato gerador do aviso prévio, enquanto que a justa causa seria justamente o contrário, ou seja, seria o fator que impediria que o empregado tivesse direito de gozar o período de aviso prévio.⁸⁰

Segundo Reis de Paula, a “obrigação de preavisar pressupõe inexistência de justa causa por parte de quem efetiva a denúncia do contrato”.⁸¹ Ou seja, quando o empregado, conscientemente, por sua ação, dá causa a um resultado ou assume o risco de produzi-lo, não pode ter a seu favor o princípio de proteção.

As duas modalidades – aviso trabalhado e indenizado – são as únicas previstas na CLT. Contudo, há o aviso prévio cumprido em casa, que é um terceiro tipo de aviso prévio que surgiu da prática cotidiana empresarial. Essa modalidade procurava frustrar o prazo legal para pagamento das verbas rescisórias, previsto no art. 477, §§ 6º e 8º da CLT, consistindo em abuso de direito.⁸²

O aviso prévio cumprido em casa não era trabalhado nem tampouco indenizado, ficando o obreiro em sua casa, mas à disposição do empregador. A fim de contribuir para o desaparecimento desta prática abusiva, a jurisprudência enquadró-o no aviso indenizado, ao determinar, pela OJ nº 14 da SDI-1 do TST, que o prazo para o pagamento das verbas rescisórias seria até o décimo dia após a notificação da dispensa.⁸³

A falta do aviso prévio gera consequências tanto para o empregado quanto para o empregador, porque é um direito de ambas as partes, apesar de ser mais comum que o empregador dê aviso prévio para o empregado. Por parte do empregador, a falta de aviso garante ao empregado o pagamento dos salários correspondentes ao prazo do aviso, que varia de 30 a 90 dias, havendo o cômputo desse período no seu tempo de serviço. Por sua vez, a

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1198.

⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 1475-64.2011.5.18.0006. Primeira Turma. Relator(a): Aldon do Vale Alves Taglialegna. Brasília, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.trt18.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2013.

⁸¹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 63.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1198.

⁸³ DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1198.

falta de aviso prévio por parte do empregado garante ao empregador o direito de descontar do empregado os salários correspondentes ao prazo respectivo.⁸⁴

Vale ressaltar que o valor das horas extraordinárias realizadas com habitualidade integra o aviso prévio indenizado, por integrar a remuneração:

“Portanto, correspondendo as férias, aviso prévio e 13o salário ao valor do salário à época de sua concessão, acrescido da média das demais verbas salariais do período aquisitivo, é certo que as horas extras e seus respectivos reflexos em descansos semanais remunerados, medidos durante o correspondente período, se habituais, devem compor a base de cálculo daquelas parcelas, por integrarem a remuneração, não se vislumbrando, assim, nenhum “bis in idem”.”⁸⁵

A empresa tem que efetuar o pagamento das verbas rescisórias no próximo dia útil após o vencimento do tempo do aviso prévio quando notificado previamente o empregado (neste caso o contrato de trabalho por tempo indeterminado converte-se em contrato a termo) ou até o décimo dia, contado da data de notificação da demissão, quando não houver a comunicação da dispensa com antecedência, segundo o art. 477, § 6º da CLT.

Caso o empregador não cumpra os prazos acima, ele estará sujeito a multa administrativa e a multa a favor do empregado em valor equivalente ao seu salário, exceto quando o próprio empregado der motivo ao atraso no pagamento das verbas rescisórias (art. 477 §§ 6º, alíneas “a” e “b”, e 8º da CLT).

2.3 Natureza jurídica

A fim de se identificar a natureza jurídica de um instituto qualquer, Carlos Alberto Reis de Paula diz que “há de se buscar em seu objetivo fundamental, conjugado com sua causalidade material.”⁸⁶ E continua: “Do ponto de vista obrigacional, o aviso prévio constitui uma obrigação de fazer para o empregador ou para o empregado que quiser rescindir o contrato individual de trabalho.”⁸⁷

⁸⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo. Aspectos Essenciais Sobre o Aviso Prévio na Justiça do Trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza, v. 27, n. 27, p. 35-73, jan./dez. 2004.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 01367200507902000. Segunda Turma. Relator(a): Odette Silveira Moraes. Brasília, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2013.

⁸⁶ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 45.

⁸⁷ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 45.

Contudo, há divergência quanto a sua natureza jurídica. O que muitas vezes ocorre é que os empregadores não têm interesse em contar com a prestação de serviços do empregado pelo período correspondente ao aviso prévio, o que os levam a substituir os serviços pelo pagamento em dinheiro do prazo restante, quando a dispensa é sem justa causa. Desta ideia, muitos doutrinadores passaram a entender que aviso prévio e indenização se confundiam.⁸⁸

Para outros doutrinadores, “a obrigação de indenizar não se confunde com o dever de preavisar. Num caso, há substituição de obrigação, noutro o cumprimento de uma obrigação em forma específica”.⁸⁹ Juridicamente, também não haveria confusão entre os dois institutos, tendo em vista que o aviso prévio liga-se apenas ao direito de rescisão unilateral.⁹⁰

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, o aviso prévio possui natureza tríplice: comunicação, porque o aviso prévio é a notificação que uma parte faz à outra, no sentido de informa-lo da rescisão contratual; termo, porque a parte que der o aviso prévio está obrigada a fazê-lo com uma determinada antecedência; e pagamento, porque, caso a parte não cumpra o termo do aviso prévio, será obrigado a pagar uma quantia substitutiva e indenizatória.⁹¹

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado descreve que: “(...) no ramo trabalhista, é tridimensional, uma vez que ele cumpre as três citadas funções: declaração de vontade resilitória, com sua comunicação à parte contrária; prazo para a efetiva terminação do vínculo, que se integra ao contrato para todos os fins legais; pagamento do respectivo período de aviso, seja através do trabalho e correspondente retribuição salarial, seja através de sua indenização.”⁹²

O terceiro aspecto da natureza tríplice do aviso prévio, que é o pagamento do período do aviso trabalhado ou indenizado é de valor não superior ao salário regular e

⁸⁸ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 47.

⁸⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Forense, vol. II. p. 359.

⁹⁰ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 47.

⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 447-448

⁹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1194.

mensalmente pago ao empregado. A opção de indenizar com o pagamento substitutivo pela dispensa imediata é facultada ao empregador, segundo o entendimento de Reis de Paula.⁹³

O art. 487, § 1º da CLT garante a integração do período do aviso prévio no seu tempo de serviço. Comumente se entende que salário só deriva de trabalho. Contudo, o art. 4º da CLT considera como de serviço efetivo o tempo em que o empregador passa à disposição do empregador, aguardando ou executando suas ordens.⁹⁴ Portanto, nem sempre o tempo de serviço corresponde ao tempo realmente prestado pelo empregado.

2.3.1 Naturezas salarial e indenizatória

Há intensa controvérsia entre doutrinadores quanto à natureza do aviso prévio, como já foi brevemente mencionado ao fim do capítulo anterior. Além disto, também a distinção entre indenização e salário é uma questão problemática e tem gerado diversas discussões ao longo dos anos. Tal discussão já foi tratada com maior profundidade no primeiro capítulo do presente trabalho.

Existem autores que entendem possuir o pagamento de aviso prévio um caráter salarial, sob o argumento de que, se possuísem um caráter indenizatório, o valor deste pagamento não estaria em proporção ao prejuízo real causado pelo empregador. Assim, “seria mais que uma indenização, porque o empregado, sem prestar serviço algum, tem tempo integral para procurar novo emprego.”⁹⁵ José Martins Catharino entende que se a lei não considerasse o pagamento substitutivo do aviso prévio como salário, estaria fomentando sua própria inaplicabilidade.

Certamente, em se tratando de aviso prévio prestado em trabalho, sendo este retribuído pelo trabalho prestado, possui caráter salarial, inequivocamente.⁹⁶

No entanto, a corrente majoritária, da qual fazem parte Orlando Gomes, Elson Gottschalk, Roberto Barretto Prado, Mozart Victor Russomano e o próprio Carlos Alberto Reis de Paula, entendem que o pagamento do aviso prévio em dinheiro, quando não foi

⁹³ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 48.

⁹⁴ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 48.

⁹⁵ CATHARINO, José Martins. *Aspectos do Aviso Prévio no Direito do Trabalho*. 1. ed. Salvador: Fundação Gonçalo Moniz, 1953. p. 43-44.

⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1194.

concedido em tempo ao empregado, se converte em uma indenização substitutiva, sem natureza salarial.⁹⁷

Na mesma linha de raciocínio segue também Maurício Godinho Delgado, que entende que, em não se tratando de aviso prévio trabalhado, sendo, portanto, indenizado, não há que se falar em caráter salarial, pois não está recebendo uma contraprestação por um serviço prestado, porque este não houve!⁹⁸

Russomano afirma:

“Não se necessita mais discutir o caráter indenizatório da importância em dinheiro, devida pela parte que rescinde o contrato de trabalho sem dar o aviso prévio a que estava obrigada, porquanto não se admite que a despedida sem o correspondente aviso constitua *ato transitoriamente ineficaz*, produzindo efeito, apenas, após o escoamento do prazo do aviso que não foi concedido. Essa tese repousa sobre o evidente artifício de raciocínio e nada mais significa do que o último esforço dos que pretendem continuar atribuindo caráter salarial à indenização substitutiva do aviso prévio”.⁹⁹

Reis de Paula elenca três hipóteses para se determinar a natureza jurídica do aviso prévio:

- a) “Inexiste o aviso prévio: é devida a indenização substitutiva;
- b) Há o aviso prévio e há o trabalho no prazo respectivo: paga-se o salário;
- c) Há o aviso e há a dispensa do trabalho: surge, também, a indenização”.¹⁰⁰

Poderíamos concluir, portanto, que o aviso prévio concedido é uma obrigação de fazer e tem caráter salarial, enquanto que o aviso prévio não concedido é uma obrigação de dar e tem caráter indenizatório, se não houvesse o forte argumento baseado na Súmula 305 do TST e no art. 487, § 1º da CLT, de que tem caráter salarial ainda o aviso prévio indenizado, apesar de sua nomenclatura. Esta discussão será objeto de estudo no seguinte capítulo do presente trabalho.

⁹⁷ PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*, São Paulo: LTr, 1988, p. 49.

⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1194.

⁹⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Aviso Prévio no Direito do Trabalho*. p. 209.

¹⁰⁰ PAULA, Carlos Alberto Reis de, *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988. p. 50.

2.4 Proporcionalidade do aviso prévio

O estudo do aviso prévio proporcional tem grande importância para o direito trabalhista, em especial, em relação à proporcionalidade do tempo de serviço e à igualdade entre empregado e empregador quando da concessão do aviso prévio na rescisão do contrato de trabalho.

No Brasil, a proporcionalidade do aviso prévio ganhou *status* de direito constitucional, com o advento da Constituição Federal de 1988, pois há previsão em seu art. 7º, XXI.

A proporcionalidade não deve ser interpretada somente quanto ao tempo de serviço, mas também quanto à desigualdade dada quando concedido pelo empregado ou pelo empregador.

A Consolidação das Leis do Trabalho regulamentou o aviso prévio quanto a sua duração, no art. 487, como se observa:

“Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa”.

Em 1988, a Constituição Federal inseriu o direito ao aviso prévio proporcional, no seu art. 7º, inciso XXI, que diz, *in verbis*:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

Como a Constituição de 1988 determinou que o prazo mínimo do aviso prévio seria de 30 (trinta) dias, o inciso I do art. 487 da CLT (publicada em 1943) não foi recepcionado constitucionalmente, pois prevê prazo de 8 (oito) dias.¹⁰¹

Com a Constituição Federal, o aviso prévio passou a ser um direito constitucional assegurado ao empregado contra a despedida arbitrária e como forma de proteção da relação de emprego.

O prazo do aviso prévio começa a fluir a partir do dia seguinte imediato ao momento em que a parte avisada toma ciência da notificação que lhe é dirigida.¹⁰²

A proporcionalidade do aviso prévio quanto ao tempo de serviço garantida pelo art. 7º, XII da CF/88, permaneceu vinte e três anos sem eficácia imediata, nos termos da OJ nº 84 da SDI-1 do TST¹⁰³:

“OJ 84 SDI1 TST – AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE. Inserida em 28.04.97: A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, visto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável”.

Até que, finalmente, em 13 de outubro de 2011, foi publicada a Lei nº 12.506 no Diário Oficial, regulamentando o inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal e indicando que o aviso prévio passou a ser, de fato, proporcional ao tempo de serviço, sendo o seu prazo de, no mínimo, 30 dias e, no máximo, noventa, a depender da duração do contrato de trabalho. Tal direito é assegurado a todos os trabalhadores, independentemente de terem carteira assinada.

Antes disso, o aviso prévio somente ultrapassava o comum prazo de 30 dias, para ser de 60 dias, por meio de norma coletiva que determinasse nesse sentido.¹⁰⁴ Nos termos da OJ nº 367 da SDI-1 do TST, havendo elastecimento do prazo do aviso prévio para 60 dias por norma coletiva, os seus efeitos jurídicos seriam os mesmos, ou seja, computar-se-iam como tempo de serviço.

¹⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1196.

¹⁰² PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988. p. 62.

¹⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1196.

¹⁰⁴ PORTO, Roberta Guasti. OJ n. 367 da SDI-1 do TST: Aviso-prévio de 60 dias Concedido por Norma Coletiva. Efeitos. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 322.

De forma sucinta, a Lei define que “o aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa” (art. 1º).

Menciona ainda que “ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias” (parágrafo único do art. 1º).

O prazo do aviso aumentou proporcionalmente ao tempo de serviço prestado na mesma empresa. Além dos trinta dias já previstos na CLT para que as partes façam a comunicação, devem ser acrescentados três dias a cada ano de serviço ao prazo mínimo, limitado a noventa dias de aviso prévio. Lembrando que, a comunicação superior ao prazo mínimo de 30 dias é dever apenas do empregador e não do empregado. Portanto, os benefícios da nova lei do aviso prévio proporcional são restritos apenas aos trabalhadores. Assim, a bilateralidade da comunicação é instituto exclusivo do aviso prévio de 30 dias.¹⁰⁵

Pelo fato de a lei do novo prazo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço ser ainda muito recente, tem havido muitas controvérsias, pois a lei deixou de abordar alguns aspectos práticos.¹⁰⁶

A primeira discussão gira em torno da projeção do aviso prévio a fim de fazer contar mais 3 (três) dias. O exemplo usado por Maurício Godinho Delgado é do empregado, cuja duração contratual é de 1 ano e 11 meses. A cada ano, mais três dias de aviso prévio são devidos. Assim, este empregado faria jus apenas ao acréscimo de três dias e, não de seis, visto que o contrato não tem dois anos. Mas Godinho entende que este empregado fará jus à segunda cota de proporcionalidade, vez que, projetando-se o aviso prévio, a duração contratual atingirá 2 anos.¹⁰⁷

Quanto à dúvida de se os três dias adicionais são devidos após o primeiro ano de trabalho ou somente depois de completado o segundo, o entendimento prevalecente é o de que, a partir do momento em que o empregado completa um ano na empresa, passa a fazer jus

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1203.

¹⁰⁶ FATTINI, Fernanda Carolina. Lei n. 12.506/2011: O Aviso-Prévio Proporcional. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 671.

¹⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1203.

a 33 dias de aviso prévio. A justificativa encontra respaldo no fato de que, nos contratos inferiores aos doze meses, o aviso prévio devido é de 30 dias.¹⁰⁸

Outro ponto controvertido é se a legislação é aplicável aos empregados demitidos anteriormente à promulgação da lei. Obviamente, não, pois o novo prazo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço só atingirá os contratos cuja datação de aviso prévio ocorrer posteriormente a 13/10/2011, e a lei não retroagirá para atingir contratos extintos antes da promulgação da lei, uma vez que a própria Constituição Federal não permite a retroatividade.¹⁰⁹

A nova lei tem efeito estritamente imediato, a contar de 13 de outubro de 2011 (data de publicação da lei), em respeito ao princípio do efeito meramente imediato das leis no Brasil, segundo direito constitucional previsto no art. 5º, XXXVI da CF/88.¹¹⁰ Assim, a lei atinge as situações ocorridas após 13/10/11 e em andamento nesta data, mas jamais abrangendo os avisos prévios já consumados.

A lei é aplicável para os contratos já em vigor e far-se-á a contagem regressiva do tempo, a fim de acréscimo ao novo aviso. Tal entendimento rege-se pelo seguinte:

"Os conflitos de lei no tempo, em direito do trabalho, são resolvidos segundo o princípio do efeito imediato. Significa que uma lei nova tem aplicabilidade imediata, recai desde logo sobre os contratos em curso à data de sua vigência, embora constituídos anteriormente, mas ainda não extintos. Portanto, à medida que novas leis trabalhistas são editadas, todos os que são empregados, por ocasião de sua vigência se beneficiarão."¹¹¹

Essa matéria já está sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho:

"Súmula nº 441 do TST – AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012: O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011".

¹⁰⁸ FATTINI, Fernanda Carolina. Lei n. 12.506/2011: O Aviso-Prévio Proporcional. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 672.

¹⁰⁹ FATTINI, Fernanda Carolina. Lei n. 12.506/2011: O Aviso-Prévio Proporcional. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 671.

¹¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1202.

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 345.

Ter efeito imediato significa que: "a nova lei recai desde logo sobre os contratos em curso à data de sua vigência, embora constituídos anteriormente, mas ainda não extintos."¹¹²

Outra questão que tem gerado discussões é se o efeito da nova lei se estende também ao empregador ou se restringe apenas ao empregado. Sabe-se que o aviso prévio tem a característica de ser bilateral, ou seja, poder ser exigido pelo empregado e pelo empregador.

Entretanto, o art. 477, § 5º da CLT veda o desconto de verbas rescisórias em valor superior a um salário mensal, impossibilitando, portanto, o desconto de quantia superior à devida por trinta dias de trabalho.¹¹³

Tanto esta lei foi regulamentada com a finalidade de trazer benefícios ao empregado, que a obrigação do empregado a cumprir o aviso prévio restringe-se a 30 dias, enquanto que a do empregador pode ser acrescida de mais 60 dias. Além disto, quando a demissão ocorrer devido a pedido de demissão pelo empregado, a concessão de aviso prévio será seu ônus e, não imperativa, como acontece quando a dispensa do empregado se dá sem justa causa.¹¹⁴

Esse entendimento prevalece pelo caráter protecionista ao empregado, que é a parte vulnerável da relação jurídica, do direito do trabalho, pois o objetivo do aviso prévio é que seu período seja destinado à procura de um novo emprego. Logo, é razoável que o tempo que um trabalhador que está no mesmo emprego seja equivalente ao período de aviso prévio que gozará, visto que é provável que este precise de um período maior para se recolocar no mercado de trabalho. A intenção do legislador ao criar essa lei foi a de impor obstáculos à dispensa de empregados que se dedicam ao mesmo empregador há tanto tempo.¹¹⁵

Por fim, conclui-se que a vantagem da proporcionalidade do pré-aviso é estendida apenas aos empregados e a bilateralidade restringe-se ao aviso prévio de trinta dias, caso contrário, o empregado ficaria obrigado a cumprir até noventa dias de trabalho ao empregador para quitar seu período de aviso prévio. Se isto ocorresse, constituiria óbice ao direito do empregado de pedir demissão e retorno a “períodos selvagens da civilização ocidental, antes do advento do próprio Direito do Trabalho”.¹¹⁶

¹¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 345.

¹¹³ FATTINI, Fernanda Carolina. Lei n. 12.506/2011: O Aviso-Prévio Proporcional. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 671.

¹¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1200.

¹¹⁵ FATTINI, Fernanda Carolina. Lei n. 12.506/2011: O Aviso-Prévio Proporcional. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012 p. 672.

¹¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1203.

3 A (IN)EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO

3.1 Decreto nº 6.727/2009 x Decreto nº 3.048/1999

O Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048/99, de 6 de maio de 1999, dispõe sobre a finalidade e os princípios básicos da Previdência Social (Livro I), os benefícios por ela gerados (Livro II), o regime e o custeio da Previdência, bem como os beneficiários e as prestações dela advindos (Livro III), as penalidades pelo descumprimento das determinações nesse Decreto (Livro IV), a organização da Seguridade Social (Livro V) e de outras disposições da Previdência Social.

No Capítulo VII (Do Salário de Contribuição) do Título I (Do Financiamento da Seguridade Social) do Livro II (Do Custeio da Seguridade Social) o art. 214, I, do Decreto 3.048/99, dispõe que se entende por salário de contribuição para o empregado:

“A remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços”.¹¹⁷

O § 9º do artigo 214 aponta quais as parcelas não integram o salário de contribuição. A alínea “f” do inciso V, do referido § 9º, dizia que as importâncias recebidas a título de aviso prévio indenizado não integravam o salário de contribuição, mas, em 12 de janeiro de 2009, o Decreto 6.727/09 revogou esse dispositivo, dando a entender, portanto, que a partir de então, o aviso prévio indenizado serviria, obrigatoriamente, como base para incidência da contribuição devida ao INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social pelo trabalhador e pela empresa.

Em resposta a essa alteração, surgiram duas correntes antagônicas entre si. Uma defende que a supressão da alínea “f”, correspondente ao aviso prévio indenizado, do rol de importâncias não integrantes do salário de contribuição é a clara e evidente demonstração,

¹¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 3.048/99*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 29 abr. 2013.

pelo legislador, de que esta verba tem natureza salarial e, portanto, deve integrar a base de cálculo para a incidência de contribuição previdenciária. A outra corrente entende que a supressão da alínea “f” não influencia na mudança do caráter indenizatório da referida verba cuja natureza é evidenciada pela própria nomenclatura, qual seja, aviso prévio indenizado, não correspondendo, portanto, a uma contraprestação por um serviço prestado, como se dá com o aviso prévio trabalhado.

3.2 O artigo 487, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho e a modificação do art. 28, § 9º, alínea “e” da Lei nº 8.212/1991 e argumentos a favor da exigibilidade

Segundo alguns doutrinadores, as indenizações devidas pelo empregador ao empregado também são espécies de retribuição pelo trabalho prestado. Desta forma, o aviso prévio indenizado perderia seu caráter indenizatório e passaria a ter um caráter remuneratório, pois, nos dizeres de José Augusto Rodrigues Pinto, as indenizações são:

“Consistentes no conjunto de pagamentos acrescidos ao salário pela obrigação de ressarcimento ao empregado de danos sofridos ou riscos de danos a que se expõe na prestação de serviço em condições pessoalmente desfavoráveis, ou ainda de despesas realizadas para a prestação do trabalho”.¹¹⁸

Nesse sentido, as verbas pagas em razão da relação trabalhista, ou seja, todos os rendimentos e retribuições, exceto aquelas excluídas pelo § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91, comporiam o salário de contribuição, independentemente de suas naturezas.¹¹⁹

O art. 487 da CLT determina o prazo que a parte que quiser rescindir o contrato de trabalho tem para avisar a outra sobre o seu desejo de rescisão contratual, ou seja, o aviso prévio. O § 1º desse artigo dispõe: “A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, **garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço**”. (grifo nosso) Ainda, o § 6º do mesmo dispositivo legal manda integrar seu tempo de serviço para **todos os efeitos legais**.

A redação da parte final do parágrafo mencionado consiste num dos maiores argumentos que doutrinadores e juristas utilizam para justificar a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

¹¹⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho: Sujeitos e Institutos do Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 267.

¹¹⁹ CASAGRANDE, Vinícius Magalhães; CASAGRANDE, Juliana Lemos Martins. *O Fenômeno da Incidência da Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

A linha de raciocínio, retirada do acórdão da 2ª Turma do TRT da 9ª Região/PR – RO 25075-2010, de relatoria do Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, publicado no DJe no dia 09/05/11, é a seguinte: sendo o prazo do aviso prévio, trabalhado ou indenizado, parte integrante do contrato de trabalho, conforme determina o § 1º do art. 487 da CLT, além de ser objeto de anotação na CTPS do empregado (Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-1 do TST), mostra-se lógico que também sobre ele deva incidir a contribuição previdenciária.

Portanto, entendem que a dúvida que antes pairava sobre a natureza jurídica da verba não mais existiria, pois a disposição legal (art. 28, § 9º, "e" da Lei Orgânica da Seguridade Social)¹²⁰, que retirava da abrangência do salário de contribuição a importância recebida a título de aviso prévio indenizado, foi suprimida.¹²¹

Em outras palavras, com o advento da Lei 9.528/97, que suprimiu a referência ao aviso prévio indenizado no art. 28, § 9º, da Lei 8.212/91, tal incerteza teria sido afastada. Ao se excluir o aviso prévio indenizado do rol das verbas do artigo 28, § 9º, "e", para os defensores dessa corrente, ficou evidente a intenção do legislador em integrá-lo ao salário de contribuição.¹²²

O objetivo da revogação da alínea "f", inciso V, do parágrafo 9º, do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social seria incluir a verba paga pelo empregador a título de aviso prévio indenizado na base de cálculo da contribuição previdenciária, pois, desta forma,

¹²⁰ O texto original da Lei nº 8.212/91, dispunha, antes das alterações pela Lei nº 9.528, de 10.12.97, em sua alínea "e", § 9º do art. 28: "Não integra o salário de contribuição a importância recebida a título de aviso prévio indenizado, férias indenizadas, indenização por tempo de serviço e indenização a que se refere o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984". Entretanto, a redação do atual § 9º, alínea "e", do art. 28 é a seguinte: "Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: as importâncias: 1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; 2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS; 3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT; 4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973; 5. recebidas a título de incentivo à demissão; 6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; 7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; 8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada; 9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984."

¹²¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 25075-2010. Segunda Turma. Relator(a): Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Brasília, 09 de maio de 2011. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹²² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 25075-2010. Segunda Turma. Relator(a): Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Brasília, 09 de maio de 2011. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2013.

não haveria expressa vedação legislativa e seria possível a exigência imediata do INSS sobre o aviso prévio indenizado.¹²³

Posteriormente, em 2009, esse entendimento foi fortalecido, quando o Poder Executivo retirou o aviso prévio indenizado também do rol das verbas excluídas da base de cálculo do salário de contribuição, por meio do Decreto 6.727/09, que revogou o art. 214, § 9º, V, "f", do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99), o que já foi discutido no presente trabalho.¹²⁴

Outro argumento utilizado pela corrente que defende o caráter salarial do aviso prévio indenizado são as Súmulas 182 e 305 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Súmula 182: O tempo de aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional previsto no art. 9º da Lei 6.708, de 30.10.1979”.

“Súmula 305: O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito à contribuição para o FGTS”.

A Receita Federal, por vezes, se utiliza também do entendimento de que todos os pagamentos feitos pela empresa, independentemente de sua natureza, se submetem à contribuição, a menos que haja disposição legal excluindo verba específica.¹²⁵ Como o art. 28, § 9º, "e", da Lei Orgânica da Seguridade Social e o art. 214, § 9º, V, "f", do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99) suprimiram o aviso prévio indenizado do rol de parcelas não integrantes do salário de contribuição para fins de contribuição previdenciária, a lógica conclusão seria a de que incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

A ideia seria: Se o aviso prévio, mesmo que não trabalhado, reflete em indenização adicional e na contribuição fundiária, devendo inclusive constar na CTPS do autor como período trabalhado, não haveria razão para excluí-lo quando do cálculo das contribuições previdenciárias.¹²⁶

¹²³ VALER, Izanete Aparecida Teixeira. *Incidência da Contribuição Previdenciária sobre o Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3966>. Acesso em 22 abr. 2013.

¹²⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 25075-2010. Segunda Turma. Relator(a): Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Brasília, 09 de maio de 2011. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2013.

¹²⁵ LOBATO, Valter; BREYNER, Frederico Menezes. *Não Incide Contribuição Sobre Aviso Prévio*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 25075-2010. Segunda Turma. Relator(a): Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Brasília, 09 de maio de 2011. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2013.

O art. 28, I, da Lei nº 8.212/91, equipara à remuneração a totalidade dos rendimentos pagos. Assim, a remuneração, para fins previdenciários, é a totalidade dos rendimentos pagos a qualquer título. Desta forma, inferir-se-ia que todas as verbas pagas em razão do trabalho, qualquer que seja sua natureza, excetuando-se os pagamentos discriminados no § 9º do art. 28 da Lei de Custeio (Lei nº 8.212/91), comporiam o salário de contribuição, sendo o caso, portanto, do aviso prévio indenizado.¹²⁷

A Receita Federal do Brasil, por ser o órgão arrecadador das contribuições previdenciárias, diante da supressão efetuada pelo Decreto nº 6.727/09, passou a entender que sobre o aviso prévio indenizado incidiria a contribuição previdenciária, conforme se retira dos arts. 6º e 7º, da Instrução Normativa RFB nº 925/2009:

“Art. 6º As pessoas jurídicas ou os contribuintes equiparados que efetuarem rescisão de contrato de trabalho de seus empregados e pagarem aviso prévio indenizado, deverão preencher o SEFIP da seguinte forma:

I - o valor do aviso prévio indenizado não deverá ser informado; e

II - o valor do décimo-terceiro salário correspondente ao aviso prévio indenizado deverá ser informado no campo "**Base de Cálculo 13º salário da Previdência Social**", exceto no caso de empregado que tenha trabalhado por um período inferior a 15 (quinze) dias durante o ano, cuja informação não poderá ser prestada até que o SEFIP seja adaptado.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste artigo, a GPS gerada pelo SEFIP deverá ser desprezada, devendo ser preenchida GPS manualmente com os valores efetivamente devidos, incluindo as contribuições incidentes sobre o aviso prévio indenizado e sobre o décimo-terceiro salário correspondente ao aviso prévio indenizado, observado o disposto no art. 7º.

Art. 7º Para fins de cálculo das contribuições e de enquadramento na Tabela de Salário de Contribuição, o valor do aviso prévio indenizado deverá ser somado às outras verbas rescisórias que possuem incidência de contribuições previdenciárias, na competência do desligamento.

Parágrafo único. O décimo-terceiro salário correspondente ao aviso prévio indenizado deve ser somado ao valor do décimo-terceiro salário proporcional, correspondente ao valor bruto da gratificação sem compensação dos adiantamentos pagos, mediante aplicação, em separado, da Tabela de Salário de Contribuição”. (grifo nosso).

¹²⁷ PACHER, Gustavo. *Da (In)constitucionalidade da Incidência da Contribuição Previdenciária com Base no Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em: <http://www.phmp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=589:da-inconstitucionalidade-da-incidencia-da-contribuicao-previdenciaria-com-base-no-aviso-previo-indenizado&catid=41:artigos&Itemid=173>. Acesso em: 25 abr. 2013.

Portanto, se levarmos em consideração o Decreto e o entendimento da RFB, então haverá incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e seus reflexos.¹²⁸

Reforçando a ideia de que o aviso prévio constitui tempo de serviço para todos os efeitos legais, há o argumento de que a própria rescisão do contrato de trabalho só ocorre, de fato, depois do fim do prazo do aviso prévio, indenizado ou trabalhado. Desta forma, ainda que já tenha havido a homologação de verbas rescisórias, o término do contrato somente se efetiva ao fim do prazo do aviso prévio, ficando, portanto, o empregado vinculado à empresa durante o interregno do aviso.¹²⁹

Nesse sentido, poder-se-ia entender que o valor pago a título de aviso prévio indenizado não representa indenização, mas contraprestação pelo período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens. Desta forma, quando o empregador opta por indenizar o aviso prévio do trabalhador, não significaria estar retirando a natureza remuneratória da parcela.¹³⁰

Para os adeptos desta corrente, o § 1º do art. 487 da CLT fixaria o cômputo do aviso prévio como se fosse trabalho, e obviamente, teria uma natureza salarial. Ademais, para os que assim entendem, o rol do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, seria taxativo, não sendo cabível interpretação extensiva a fim de incluir outras parcelas que não estejam expressamente previstas.¹³¹

Como o Decreto nº 6.727/09 também revogou a alínea do Decreto nº 3.048/99 que determinava que o aviso prévio indenizado não era parcela integrante do salário de contribuição, então não haveria mais argumentos que sustentassem o caráter indenizatório do aviso prévio, esgotando as teses usadas pela corrente que defende a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.¹³²

¹²⁸ PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. *Cobrança de INSS sobre Aviso Prévio Indenizado – Legitimidade ou Abuso?* Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/inss_avisoprevio_indenizado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹²⁹ MARINHO, Claudia Gaspar Pompeo. *Aviso Prévio Indenizado: Incidência de Contribuição Previdenciária?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22120/aviso-previo-indenizado-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria#ixzz2RLGNvoAy>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹³⁰ MARINHO, Claudia Gaspar Pompeo. *Aviso Prévio Indenizado: Incidência de Contribuição Previdenciária?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22120/aviso-previo-indenizado-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria#ixzz2RLGNvoAy>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹³¹ MARINHO, Claudia Gaspar Pompeo. *Aviso Prévio Indenizado: Incidência de Contribuição Previdenciária?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22120/aviso-previo-indenizado-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria#ixzz2RLGNvoAy>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹³² MARINHO, Claudia Gaspar Pompeo. *Aviso Prévio Indenizado: Incidência de Contribuição Previdenciária?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22120/aviso-previo-indenizado-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria#ixzz2RLGNvoAy>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

Se a própria CLT prevê que o aviso prévio seja considerado como tempo de trabalho, pressupõe-se a sua integração ao salário-de-contribuição.¹³³

3.3 As divergências jurisprudenciais

Tendo em vista a não existência de uniformidade quanto ao assunto objeto do presente estudo, aqui estão colacionadas diversas jurisprudências, em ambos os sentidos, de tribunais em diversas instâncias, de diversas competências e regiões do país.

Primeiramente, expõem-se exemplares de precedentes contrários ao entendimento pela exigibilidade da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Vejam-se as seguintes ementas do TST sobre o tema:

“ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A despeito de o § 9º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91, em sua nova redação, não mais preconizar no rol de isenção da contribuição previdenciária o aviso prévio indenizado, permanece inalterada a impossibilidade de sua incidência sobre tal parcela, **não só em face da natureza nitidamente indenizatória** dessa última, mas, sobretudo, em virtude do que dispõe o artigo 214, § 9º, V, -f-, do Decreto n.º 3.048/99, que, expressamente, **excetua o aviso prévio indenizado do salário de contribuição**. Precedentes da SDI-1. Incidência da Súmula n.º 333. 2. Embargos de que não se conhece”. (TST-E-RR-44800-44.2005.5.04.0021, SBDI-1. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 19/3/2010) (grifo nosso).

“RECURSO DE REVISTA - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - NATUREZA SALARIAL - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – A jurisprudência majoritária desta Corte está pacificada no sentido de que, mesmo após a alteração do artigo 28, § 9º, 'e', da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.528/97, que suprimiu expressamente o aviso prévio indenizado do rol das parcelas que não integram o salário de contribuição, não incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, parcela que ostenta natureza eminentemente indenizatória e que não se enquadra na concepção de salário de contribuição, **eis que não visa a retribuir os serviços efetivamente prestados nem constitui tempo à disposição do empregador, mas tem o escopo de indenizar serviço não prestado e de ressarcir o trabalhador dispensado enquanto aguarda pela obtenção de novo emprego e recolocação no mercado de trabalho**. Recurso de Revista conhecido e provido”. (TST-RR 731300-97.2008.5.09.0028, Acórdão da 8ª Turma do TST, Min. Redator Márcio Eurico Vitral Amaro, DJe 11/10/11) (grifo nosso).

¹³³ MARINHO, Claudia Gaspar Pompeo. *Aviso Prévio Indenizado: Incidência de Contribuição Previdenciária?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22120/aviso-previo-indenizado-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria#ixzz2RLGNvoAy>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

“RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O aviso prévio indenizado, **como demonstra a própria denominação**, tem natureza jurídica indenizatória, pelo que não incide a contribuição previdenciária sobre a parcela. Recurso de revista de que não se conhece”. (TST-RR-14100-95.2009.5.06.0019, 5ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 26/08/2011) (grifo nosso).

“RECURSO DE REVISTA. [...] CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EDIÇÃO DO DECRETO 6727/2009. PROVIMENTO. O aviso prévio indenizado consiste em uma retribuição não resultante de um trabalho realizado ou de tempo à disposição do empregador, mas de uma obrigação trabalhista inadimplida. O efeito de projeção do tempo de serviço inerente ao aviso prévio, em quaisquer de suas modalidades, não desvirtua a natureza jurídica quando retribuído de forma indenizada. Não há como se dar a interpretação à exclusão da alínea f do inciso V do §9º do art. 214 do Regulamento da Previdência, por força da edição do Decreto 6727/2009, no sentido de ser possível, a partir daí, se proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela que, por sua natureza não salarial, e sim indenizatória, **não comporta recolhimento previdenciário, por expressa disposição constitucional - art. 195, I, a, da CF**. Recurso de revista conhecido e provido”. (TST-RR-143500-20.2008.5.03.0137, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 19/08/2011) (grifo nosso).

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA INDEVIDA. - Mesmo após a alteração do artigo 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.528/97, o aviso-prévio indenizado não sofre incidência de contribuição previdenciária, porque não traduz retribuição de trabalho prestado e, muito menos, compensação por tempo à disposição do empregador, configurando-se, sim, verba de natureza indenizatória por serviço não prestado. Registra-se, ainda, que, embora o § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 não mais destaque, no rol de isenção da contribuição previdenciária, o aviso-prévio indenizado, o Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social), vigente à época da celebração do acordo, excepciona expressamente essa parcela do salário de contribuição, segundo se depreende de seu artigo 214, § 9º, inciso V, alínea -f-. **A jurisprudência prevalecente neste Tribunal Superior do Trabalho é no entendimento da não incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso-prévio indenizado**. Precedentes. Constatase que o Tribunal Regional, ao deferir o desconto de contribuição previdenciária sobre a parcela de aviso prévio indenizado, decidiu em desacordo com a jurisprudência prevalecente neste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido”. (TST, Processo: RR - 25600-91.2009.5.04.0221 Data de Julgamento: 13/06/2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2012) (grifo nosso).

Nesse sentido o entendimento do STJ, que já se encontra consolidado:

“As verbas de natureza salarial pagas ao empregado a título de auxílio-doença, salário-maternidade, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e horas-extras estão sujeitas à incidência de contribuição

previdenciária. Já os valores pagos relativos ao auxílio-acidente, **ao aviso prévio indenizado**, ao auxílio-creche, ao abono de férias e ao terço de férias indenizadas **não se sujeitam à incidência da exação**, tendo em conta o seu caráter indenizatório”. (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 973.436/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 25/02/2008) (grifo nosso).

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA. ART. 22, INC. I, DA LEI N. 8.212/91. BASE DE CÁLCULO. VERBA SALARIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT). **2. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial.** 3. Recurso especial não provido”. (STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.198.964/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 02/09/2010) (grifo nosso).

“Contribuição previdenciária não incide sobre valores pagos a título de aviso-prévio indenizado. Não incide contribuição previdenciária sobre verba paga ao trabalhador a título de aviso-prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial”. (STJ, 1ª Turma, REsp n.º 1.221.665/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 23/02/2011).

Também é a posição dos Tribunais Regionais Federais:

“Não incide contribuição previdenciária sobre verbas pagas a título de aviso prévio, por não comportarem natureza salarial, mas terem nítida feição indenizatória”. (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC 1998.35.00.007225-1/GO, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, e-DJF1 20.06.2008).

“Ausente previsão legal e constitucional para a incidência de contribuição previdenciária sobre importâncias de natureza indenizatória, da qual é exemplo o aviso prévio indenizado (dispensado), não caberia ao Poder Executivo, por meio de simples ato normativo de categoria secundária, forçar a integração de tais importâncias à base de cálculo da exação. A revogação da alínea f do inciso V, § 9º, artigo 214, do Decreto 3.048/1999, nos termos em que promovida pelo artigo 1º do Decreto 6.727/2009, não tem o condão de autorizar a cobrança de contribuições previdenciárias calculadas sobre o valor do aviso prévio indenizado”. (Tribunal Regional Federal da 3ª Região – AI 2009.30.00.20390-8, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Cotrim Guimarães, Data de publicação: 11/03/2010).

Depois deste arsenal de jurisprudência no sentido de que não incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, foram encontradas apenas algumas ementas dos Tribunais Regionais do Trabalho das 3ª e 9ª Regiões, previamente citado, no sentido de que o aviso prévio indenizado é verba que deve servir integrar o salário de contribuição para fins de contribuição previdenciária:

“Sustenta a reclamada que o aviso prévio indenizado não pode ser definido como verba destinada à retribuição pelo trabalho, razão pela qual não deve incidir contribuição previdenciária sobre tal parcela. Diz que o aviso prévio indenizado não integra o salário de contribuição. Sem razão a reclamada. O Decreto nº 6.727 de 12 de janeiro de 2009 revogou, de forma expressa, a alínea ‘f’, inciso V, parágrafo 9º, do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), que afastava a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, passando esta parcela a integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária. A referida modificação está em **consonância com o disposto no artigo 487, § 1º da CLT**, garantindo ao empregado o direito à integração do período do aviso prévio ao seu tempo de serviço. Nego provimento”. (TRT 3ª Região – RO 246-34.2012.5.03.0012, 2ª Turma, Rel. Luiz Ronan Neves Koury, Data de publicação: 23/01/2013) (grifo nosso).

“De outra parte, incide contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, porquanto este integra o salário-de-contribuição, por força do Decreto n. 6.727/2009. Com efeito, em janeiro/2009, o Dec. nº 6.727 (DOU de 13/01/2009) revogou a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214, do Dec. 3048/99, excluindo o aviso prévio indenizado do rol das parcelas isentas de contribuição social. Dessa forma, a partir de janeiro de 2009, **não há qualquer dispositivo legal que exclua o aviso prévio indenizado da base do cálculo previdenciário**. Destarte, dou provimento parcial ao recurso da reclamada, no aspecto, para excluir da condenação a determinação de recolhimento de FGTS com multa de 40% sobre o valor do aviso prévio indenizado pago na rescisão”. (TRT 3ª Região – RO 401-23.2011.5.03.0028, 9ª Turma, Rel. Fernando Luiz G. Rios Neto, Data de publicação: 14/12/2012) (grifo nosso).

“Em relação ao aviso prévio indenizado, registre-se que a partir da edição do Decreto n. 6.727, de 12/01/2009, que revogou a alínea “f” do inciso V do parágrafo 9º do artigo 214 do Decreto 3.048/99, o aviso prévio indenizado passou a integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, não havendo mais como questionar a incidência do tributo sobre essa parcela do contrato de trabalho, mesmo porque o tempo do aviso prévio indenizado integra o tempo de serviço do trabalhador para todos os fins legais (art. 487 da CLT e OJ 82 da SDI-1/TST), tanto que o reclamado fez constar na CTPS da autora a data da saída (22/20/2011), considerando-se a integração do período do aviso prévio indenizado, nos termos da legislação trabalhista citada (f. 31). Diante da incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, mostra-se regular o desconto da cota parte da trabalhadora por ocasião do acerto rescisório, como observado pelo reclamado, pois de acordo com a legislação previdenciária em vigor. Nego provimento”. (TRT 3ª Região – RO 1793-56.2011.5.03.0041, 4ª Turma, Rel. Convocado Vicente de Paula M. Junior, Data de publicação: 03/12/2012).

Da coleção de ementas colacionadas, tira-se a evidente conclusão de que o entendimento prevalecente nos tribunais é no sentido de que o aviso prévio indenizado não deve servir como parcela a integrar a base de cálculo das contribuições previdenciárias, sob o principal argumento de ser indenizatória a sua natureza e também sob o argumento de que não

se pode presumir como exigível a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado somente porque esta verba foi suprimida do rol das parcelas que não integravam a base de cálculo para o salário de contribuição.

No entanto, não se pode tomar como verdade absoluta o que é dito pela maioria, ainda que a credibilidade e o poder de convencimento sejam mais fortes.

3.4 Natureza remuneratória ou indenizatória do aviso prévio indenizado

Conforme se observa do item 3 e 3.1 do capítulo anterior, as diferenças entre as naturezas remuneratória e indenizatória do aviso prévio já foram explicadas.

A classificação é deveras importante, pois é justamente a natureza jurídica da verba trabalhista em análise que deverá determinar se esta é objeto ou não de incidência da contribuição previdenciária. Se se entende que o caráter é salarial, incide contribuição; se se entende que o caráter é indenizatório, não incide.

Tudo depende à qual corrente o aplicador do direito irá se filiar. Filiando-se à corrente jurisprudencial majoritária, que entende que o aviso prévio indenizado tem caráter indenizatório, determinará que não há exigência em se incluir o aviso prévio indenizado à base de cálculo da contribuição previdenciária. Caso filie-se à corrente minoritária, determinará a exigência de contribuição ao INSS sobre o aviso prévio indenizado, levando-se em consideração seu caráter salarial.

3.5 A inexigibilidade de se incluir o aviso prévio indenizado na base de cálculo da contribuição ao INSS

Após a completa análise dos temas do presente trabalho, que são o aviso prévio indenizado e a contribuição previdenciária, a corrente prevalecente é a de que o aviso prévio indenizado não constitui importância a ser incluída na base de cálculo da contribuição para o INSS.

Ainda que a Súmula 305 do TST determine que o aviso prévio, inclusive o indenizado, está sujeito à contribuição para o FGTS, e o art. 487, § 1º, da CLT disponha que o aviso prévio será computado como tempo de serviço, sendo indenizado ou não, não subsiste o entendimento de que sobre o aviso prévio indenizado incide a contribuição previdenciária.

Desta maneira, pode-se afirmar, após o analisado pela jurisprudência acima colacionada, que o entendimento majoritário se embasa no entendimento de não ser legítima a inclusão do aviso prévio indenizado no salário de contribuição para o INSS.

Conforme observado, o Superior Tribunal de Justiça, desde 1990, e o Tribunal Superior do Trabalho já consolidaram o entendimento de que se é inexigível a inclusão do aviso prévio indenizado na base de cálculo da contribuição ao INSS.¹³⁴ Quanto aos outros tribunais – TRTs e TRFs –, ainda há algumas divergências, no entanto, prevalecendo a ideia de que a natureza do aviso prévio indenizado é, de fato, indenizatória, pois não visa retribuir nenhum trabalho prestado, mas ressarcir o prejudicado do dano causado por falta de emprego ou por escassez de empregados.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se manifestou, no sentido da inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre verbas de natureza indenizatória:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTE. MOEDA. CURSO LEGAL E CURSO FORÇADO. CARÁTER NÃO SALARIAL DO BENEFÍCIO. ARTIGO 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE NORMATIVA. 1. **Pago o benefício de que se cuida neste recurso extraordinário em vale-transporte ou em moeda, isso não afeta o caráter não salarial do benefício.** 2. A admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional. 3. A funcionalidade do conceito de moeda revela-se em sua utilização no plano das relações jurídicas. O instrumento monetário válido é padrão de valor, enquanto instrumento de pagamento sendo dotado de poder liberatório: sua entrega ao credor libera o devedor. Poder liberatório é qualidade, da moeda enquanto instrumento de pagamento, que se manifesta exclusivamente no plano jurídico: somente ela permite essa liberação indiscriminada, a todo sujeito de direito, no que tange a débitos de caráter patrimonial. 4. A aptidão da moeda para o cumprimento dessas funções decorre da circunstância de ser ela tocada pelos atributos do curso legal e do curso forçado. 5. A exclusividade de circulação da moeda está relacionada ao curso legal, que respeita ao instrumento monetário enquanto em circulação; não decorre do curso forçado, dado que este atinge o instrumento monetário enquanto valor e a sua instituição [do curso forçado] importa apenas em que não possa ser exigida do poder emissor sua conversão em outro valor. 6. **A cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa.** Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (RE 478410/SP. Tribunal

¹³⁴ FERRAZ, Diogo. *A Não Incidência da Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso-Prévio Indenizado*. Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça. Brasília, 22 mar. 2010. N. 17.107. p. 2.

Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Eros Grau. Publicação DJe 14/05/2010)". (grifo nosso)¹³⁵

Significa que, mesmo após a alteração do artigo 28, § 9º, "e", da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.528/97, que suprimiu expressamente o aviso prévio indenizado do rol das parcelas que não integram o salário de contribuição, não se cogita da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado,¹³⁶ além de que o rol do referido dispositivo legal não pode ser considerado exaustivo, podendo ocorrer outras situações que não ensejem a cobrança da contribuição previdenciária.¹³⁷

Isso porque o aviso prévio indenizado, indubitavelmente, ostenta natureza indenizatória, eis que não retribui os serviços efetivamente prestados nem constitui tempo à disposição do empregador, mas tem como fim indenizar serviço não prestado e ressarcir o trabalhador dispensado enquanto aguarda pela obtenção de novo emprego.¹³⁸

Como anteriormente dito, não se pode presumir como absolutamente correta a posição defendida pela maioria porque é verdade que o aviso prévio indenizado ostenta natureza indenizatória, mas não se pode ignorar o art. 487, § 1º, da CLT, que dispõe que o aviso prévio será sempre integrado no tempo de serviço. Também não se pode ignorar o princípio da contributividade, que é um princípio previdenciário, presente no art. 1º da Lei nº 8.213/91:

"A Previdência Social, **mediante contribuição**, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente". (grifo nosso)

Para Wladimir Novaes Martinez, a contributividade é elemento essencial e não pode ser desprezado na interpretação das normas previdenciárias: "por isso, os benefícios são socialmente devidos em razão da contribuição. Contributividade elevada à condição de

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 478.410/SP. Tribunal Pleno. Relator(a): Eros Grau. Brasília, 14 de maio de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 abr. 2013.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 731300-97.2008.5.09.0028. Oitava Turma. Redator(a): Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, 11 de novembro de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2013.

¹³⁷ MACHADO, Daniel Carneiro. *O Aviso Prévio Indenizado e a Ilegalidade da Incidência de Contribuição Previdenciária*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>. Acesso em: 07 mar. 2013.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 731300-97.2008.5.09.0028. Oitava Turma. Redator(a): Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, 11 de novembro de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2013.

princípio constitucional (art. 201, caput) e com enormes consequências a serem apreciadas seguidamente”.¹³⁹

Daí, podemos retomar o que foi discutido no primeiro capítulo deste trabalho, concluindo que os benefícios advindos da Previdência Social são conferidos aos segurados a título oneroso, ou seja, mediante prestação. Em outras palavras, para se ter direito aos benefícios e serviços prestados pela Previdência Social, não basta ser um indivíduo em necessidade: é necessário que seja um contribuinte para o regime, sendo que seus dependentes só gozam dos benefícios porque as pessoas das quais estes dependem são contribuintes.¹⁴⁰

Tanto a contagem como tempo de serviço como o princípio da contributividade são pontos que sugerem que sobre o aviso prévio indenizado poderia incidir a contribuição previdenciária. Até porque sobre a indenização paga a título de aviso prévio deveria incidir uma contraprestação. Seguindo o raciocínio da contributividade, nada é gratuito, mas sempre oneroso.

Vale relembrar que o conceito de salário de contribuição está previsto no art. 28, I, da Lei 8.212/91, a seguir transcrito:

Art. 28. Entende-se por salário de contribuição:

“I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, **destinados a retribuir o trabalho**, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, **quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços** nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa”; (grifo nosso)

Sustentando o raciocínio de ser evidente que o aviso prévio indenizado possui caráter indenizatório, vale relembrar que o aviso prévio constitui uma obrigação de fazer e, caso descumprida, gera ao devedor, obrigação de indenizar o prejudicado em perdas e danos. Assim, sempre que uma das partes do contrato de trabalho faltar em pré-avisar a outra parte

¹³⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, Tomo II. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 16.

¹⁴⁰ TORRES, Fabio Camacho Dell' Amore. *Princípios da Seguridade Social*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35790&seo=1>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

sobre a rescisão contratual, com antecedência mínima de 30 dias, ou seja, suprimindo-a de um direito seu legalmente estabelecido, deverá ressarcir-lo em pecúnia.¹⁴¹

Ademais, é o entendimento do STF que não se pode exigir contribuição previdenciária sobre verba que não tenha natureza salarial, como, por exemplo, o valor pago a título de vale transporte:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTE. MOEDA. CURSO LEGAL E CURSO FORÇADO. CARÁTER NÃO SALARIAL DO BENEFÍCIO. ARTIGO 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE NORMATIVA. 1. Pago o benefício de que se cuida neste recurso extraordinário em vale-transporte ou em moeda, isso não afeta o caráter não salarial do benefício. 2. A admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional. 3. A funcionalidade do conceito de moeda revela-se em sua utilização no plano das relações jurídicas. O instrumento monetário válido é padrão de valor, enquanto instrumento de pagamento sendo dotado de poder liberatório: sua entrega ao credor libera o devedor. Poder liberatório é qualidade, da moeda enquanto instrumento de pagamento, que se manifesta exclusivamente no plano jurídico: somente ela permite essa liberação indiscriminada, a todo sujeito de direito, no que tange a débitos de caráter patrimonial. 4. A aptidão da moeda para o cumprimento dessas funções decorre da circunstância de ser ela tocada pelos atributos do curso legal e do curso forçado. 5. A exclusividade de circulação da moeda está relacionada ao curso legal, que respeita ao instrumento monetário enquanto em circulação; não decorre do curso forçado, dado que este atinge o instrumento monetário enquanto valor e a sua instituição [do curso forçado] importa apenas em que não possa ser exigida do poder emissor sua conversão em outro valor. 6. A cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa. Recurso Extraordinário a que se dá provimento”.¹⁴²

Há, portanto, necessidade de lei complementar (§ 4º do artigo 195 da Constituição), que é a forma requerida para a instituição de outras fontes de custeio da Seguridade Social, para que haja a efetiva exigência de contribuição previdenciária sobre o

¹⁴¹ KERTZMAN, Ivan. A Polêmica da Incidência de Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 74-79, jan/mar. 2009.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Processo nº 478410. Tribunal Pleno. Relator(a): Eros Grau. Brasília, 10 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2013.

aviso prévio indenizado. Em sua falta, não há que se falar em aviso prévio indenizado como salário de contribuição para o INSS.¹⁴³

Nesse sentido, os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins:

“a contribuição previdenciária incidente sobre aviso prévio indenizado não está prevista na Constituição, que apenas menciona a exigência sobre folha de salários. A obrigação tributária é ex lege, decorrente de lei e da determinação constitucional. Não se pode pretender exigir contribuição previdenciária sobre aquilo que não tem natureza salarial.

Se a Lei Magna dispõe textualmente que a contribuição previdenciária incide sobre a folha de salários, não se pode alargar a base de cálculo e incluir analogicamente o aviso prévio nessa disposição, pois assim o legislador constituinte não quis e não permite o CTN.

Para que houvesse, por conseguinte, a incidência da contribuição previdenciária de 20% sobre verbas indenizatórias, seria mister lei complementar (§4º do art. 195 da Constituição), que é a forma exigida pela Constituição para a exigência de outras fontes de custeio da Seguridade Social”.¹⁴⁴

Ainda, a obrigação tributária é decorrente de lei e de determinação constitucional. Portanto, se não existe previsão legal para a exigência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, esta não pode ser exigida, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal tributária contido no inciso I do artigo 150 da Constituição e artigo 97 do Código Tributário Nacional.¹⁴⁵

Muitos interpretam que o Decreto nº 6.727/09 determinou a incidência de contribuição previdenciária do aviso prévio indenizado.¹⁴⁶ Ocorre que esta interpretação revela-se equivocada, vez que o decreto apenas suprimiu a alínea referente ao aviso prévio indenizado, fato do qual não se pode logicamente concluir que, a partir de então, a contribuição ao INSS passaria a incidir sobre a referida verba, inclusive porque não há previsão legal exigindo determinado tributo nesse sentido.¹⁴⁷

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 01796200731202006 (20090801347). Oitava Turma. Relator(a): Sérgio Pinto Martins. Brasília, 12 de março de 2010. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹⁴⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 01796200731202006 (20090801347). Oitava Turma. Relator(a): Sérgio Pinto Martins. Brasília, 12 de março de 2010. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹⁴⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Contribuição Sobre o Aviso Prévio Indenizado. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 164, p. 109, maio 2009.

¹⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Contribuição Sobre o Aviso Prévio Indenizado. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 164, p. 113, maio 2009.

Vale notar que o Decreto que suprimiu o aviso prévio indenizado da lista de verbas do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91 é a mesma norma que alterou a redação do conceito do salário de contribuição, incluindo a expressão “destinada a retribuir o trabalho”. Portanto, visto que o aviso prévio indenizado não se destina a retribuir um trabalho prestado, mas a indenizar ao trabalhador por um direito suprimido pela empresa, não há que se falar em incidência de contribuição previdenciária, independentemente de haver ou não expressa previsão.¹⁴⁸

O rol do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 abrange 31 (trinta e uma) verbas, sendo que o montante de direitos trabalhistas chega a mais de 300 (trezentos). Assim, o termo “exclusivamente” não é o melhor utilizado pelo legislador, pois a impressão é de que o rol é taxativo, ao passo que as parcelas reconhecidamente não integrantes do salário de contribuição não estão elencadas nessa lista.¹⁴⁹ Além do aviso prévio indenizado, outra verba que não consta no rol do art. 28 é a parcela *in natura* a título de alimentação ou vestuário dos empregados domésticos, cujo caráter salarial é negado pelo art. 2º-A, § 2º, da Lei nº 5859/72, não integrando, portanto, o salário de contribuição. Desta forma, é inequívoco que não é exaustiva a enumeração das parcelas que não integram o salário de contribuição, prevista no artigo 28, § 9º, da Lei 8.212/91.

A contribuição previdenciária incidente sobre o aviso prévio indenizado não está prevista na Constituição, que apenas menciona a exigência sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, ou seja, verbas de natureza salarial, não ocorrendo o alargamento da base de cálculo para a contribuição (art. 195, I, “a”).¹⁵⁰ Assim, não se pode pretender exigir contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado porque este não é pago na folha de salários.¹⁵¹

O Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Relator do Acórdão da 8ª Turma do TST no Recurso de Revista no Processo nº 731300-97.2008.5.09.0028 (publicado no DJe no dia

¹⁴⁸ KERTZMAN, Ivan. A Polêmica da Incidência de Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 74, jan/mar. 2009.

¹⁴⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Contribuição Sobre o Aviso Prévio Indenizado. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 164, p. 113, maio 2009.

¹⁵⁰ MACHADO, Daniel Carneiro. *O Aviso Prévio Indenizado e a Ilegalidade da Incidência de Contribuição Previdenciária*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 01796200731202006 (20090801347). Oitava Turma. Relator(a): Sérgio Pinto Martins. Brasília, 12 de março de 2010. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2013.

11/10/11) prolatou uma perfeita decisão, sustentando o forte caráter indenizatório do aviso prévio indenizado, nos seguintes termos:

“Evidente, portanto, que o aviso prévio indenizado, conquanto integre o tempo de serviço para todos os efeitos legais, não se enquadra na concepção de salário de contribuição, razão pela qual não incide, sobre referida parcela, a contribuição previdenciária.

Também a Instrução Normativa nº 3, de 14/07/2005, editada pelo Ministério da Previdência Social, por meio de sua Secretaria da Receita Previdenciária, igualmente dispõe em seu art. 72, letra 'f', que o aviso prévio indenizado não integra a base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária.

Ademais, o fato de a Lei nº 8.212/91, em seu art. 28, § 9º, bem como o Decreto nº 3.048/99, em seu art. 214, § 9º, V, "f", não mais arrolarem expressamente o aviso prévio indenizado como parcela não integrante do salário de contribuição, tal fato não conduz, necessariamente, à modificação de sua natureza jurídica e tampouco à inclusão lógica e automática dessa parcela no rol de parcelas que integram o salário de contribuição.

Tal conclusão subsiste mesmo diante da edição do Decreto nº 6.727, de 12 de janeiro de 2009, que revogou a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, pois não se pode conceber interpretação extensiva no sentido de ser possível, a partir de então, a incidência de contribuição previdenciária sobre parcela que, dada a sua natureza indenizatória, não comporta recolhimento previdenciário por expressa disposição constitucional (art. 195, I, "a", da CF/88)".

Ademais, a Súmula 371 do TST informa que o aviso prévio indenizado tem efeitos econômicos:

“Súmula nº 371 - TST - Aviso Prévio Indenizado - Efeitos - Superveniência de Auxílio-Doença – A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário”. (ex-OJs nºs 40 e 135 - Inseridas respectivamente em 28.11.1995 e 27.11.1998)

No entanto, não se pode esquecer do outro efeito trazido pela OJ 82 da SDI-1 do TST que indica que a data de saída a ser anotada na CTPS do empregado é a data do término do prazo do aviso prévio indenizado, contando, portanto, como tempo de serviço. Destaca-se

que a finalidade do registro do tempo de serviço na CTPS é assegurar tempo de serviço para fins previdenciários.¹⁵²

No aviso prévio indenizado, qualquer das partes (empregado ou empregador) que, sozinha, decidir rescindir imediatamente o contrato de trabalho, deverá arcar com uma compensação relativa a esse período, sendo certo que a natureza jurídica de tal verba é eminentemente indenizatória.¹⁵³ Vale ratificar a ideia de que verbas indenizatórias buscam, tão somente, reparar um prejuízo sofrido anteriormente, pois nada acrescentam ao patrimônio do prejudicado.¹⁵⁴

Por não ter natureza de salário, pois verbas de natureza salarial são aquelas que correspondem à contraprestação ao trabalho prestado, o aviso prévio indenizado não deve ser incluído na base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de salários.¹⁵⁵

Em trabalho elaborado, Marli Soares Souto Vieira, descreve o seguinte:

“Nesse sentido, existem decisões que reconheceram, antes da recente alteração, a inexigibilidade de tributação pela contribuição previdenciária sobre o referido aviso prévio indenizado, por se tratar de parcela claramente indenizatória, sendo, ainda, de se acrescentar que a **jurisprudência sempre se fundou na natureza da verba, e nunca na existência de previsão legal de sua exclusão, para fixar a não incidência da contribuição do empregador sobre o aviso prévio indenizado.**” (grifo nosso)¹⁵⁶

Assim sendo, a cobrança de contribuição para o INSS sobre o aviso prévio indenizado constitui clara ilegalidade, visto violar o art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, que indica expressamente que a contribuição à Seguridade Social, à razão de 20% (vinte por cento) será

¹⁵² WAKI, Kleber. *Legislação & Direito: O Aviso Prévio Indenizado e a Contribuição Previdenciária*. O Decreto 6727/09. Disponível em: <<http://amatraxviii.blogspot.com.br/2009/01/legislao-direito-o-aviso-prvio.html>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

¹⁵³ VIEIRA, Marli Soares Souto. [Sem título]. Disponível em: <http://www.sindhong.org.br/uploaded_files/artigo_1_9.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2013.

¹⁵⁴ FERRAZ, Diogo. *A Não Incidência da Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso-Prévio Indenizado*. Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça. Brasília, 22 mar. 2010. N. 17.107, p. 2.

¹⁵⁵ VIEIRA, Marli Soares Souto. [Sem título]. Disponível em: <http://www.sindhong.org.br/uploaded_files/artigo_1_9.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2013.

¹⁵⁶ VIEIRA, Marli Soares Souto. [Sem título]. Disponível em: <http://www.sindhong.org.br/uploaded_files/artigo_1_9.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2013.

cobrada sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, destinadas a retribuir o trabalho, e não, sobre verbas de natureza indenizatória.¹⁵⁷

Além da ilegalidade, a indevida cobrança da contribuição previdenciária sobre a mencionada parcela de natureza indenizatória constitui também uma inconstitucionalidade geral, pois contraria o art. 195 da CF/88 que dispõe que a seguridade social será financiada pelas contribuições sociais devidas pelo empregador sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, permitindo, portanto, a cobrança somente sobre parcela remuneratória, jamais indenizatória.¹⁵⁸

Para finalizar e para reforçar o entendimento da inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, vale indicar dois julgados do STF, um da primeira e outro da segunda Turma, que demonstram o entendimento pacificado do Supremo, além de reafirmar o principal argumento usado no sentido da não incidência, que é o fato de não integrar o salário de contribuição parcelas de natureza indenizatória, por não se incorporar à remuneração do empregado:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA SOBRE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. II - Agravo regimental improvido (AI 712.880/MG, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 26/05/2009)”.¹⁵⁹

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. OFENSA REFLEXA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682 Rel. Min. CARLOS BRITTO, Dje de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Dje de 08/09/10. 2. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da

¹⁵⁷ SOARES, Lirian Sousa. *A Ilegalidade da Cobrança de Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

¹⁵⁸ SOARES, Lirian Sousa. *A Ilegalidade da Cobrança de Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. Processo nº 712.880. Segunda Turma. Relator(a): Eros Grau. Brasília, 26 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2013.

ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. 3. Inexistência de repercussão geral do tema objeto do apelo extremo - Incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias de auxílio-doença. RE 611.505, Rel. Min. AYRES BRITTO. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: **PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE. VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período.** Precedentes: EDcl no Resp 800.024/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 10.09.2007; REsp 951.623/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 27.09.2007; REsp 916.388/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 26.04..2007. 2. Agravo regimental desprovido. 5 . Agravo regimental a que se nega provimento”. (AI 800517 AgR/RS. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento. Relator(a): Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 27 de março de 2012) (grifo nosso).¹⁶⁰

Assim sendo, depois de todo o estudo demonstrado no presente trabalho, chega-se à conclusão de que o aviso prévio indenizado tem clara natureza indenizatória, tendo em vista que este visa ressarcir a parte que não deseja rescindir o contrato de trabalho e, não, retribuí-la pelo trabalho prestado. Consequentemente, conclui-se pela inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 800517 AgR/RS. Relator(a): Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 27 de março de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2013.

CONCLUSÃO

Através de conceitos, legislação, decisões jurisprudenciais e informações em geral, o presente trabalho buscou esclarecer sobre quais aspectos é construído o debate da (in)exigibilidade da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O trabalho buscou esclarecer quais os objetivos da Previdência Social, quais indivíduos que fazem jus ao gozo de seus benefícios, em quais situações e a troco de quê. Os contribuintes, ou segurados (que seria o termo eleito pelo direito previdenciário), têm direito a todos os serviços disponibilizados pela previdência justamente porque contribuem para o sistema através das contribuições previdenciárias.

A contribuição previdenciária de um trabalhador é paga sobre o salário de contribuição cuja definição encontra-se no art. 28, da Lei nº 8.212/91, que abarca diversas verbas trabalhistas pagas ao empregado de uma empresa, por exemplo. Em regra, as verbas trabalhistas servem de base de cálculo para a contribuição previdenciária, sendo exceção, portanto, aquelas verbas que não servem.

As exceções estão previstas no § 9º do mesmo art. 28 da referida lei, e, dentre as exceções, não há a previsão do aviso prévio indenizado. Conforme analisado no presente trabalho, esse foi um dos mais relevantes motivos para o surgimento do embate aqui traçado. Entretanto, não foi o único.

Em busca de soluções para a problemática encontrada, o instituto do aviso prévio também foi analisado e, em especial, a sua natureza jurídica, pois seria um fator que responderia à dúvida para muitos. Se a natureza do aviso prévio indenizado é salarial, então certamente esta verba estaria incluída no conceito de remuneração referido no art. 28 e, consequentemente, serviria como parcela integrante do salário de contribuição.

Entretanto, se se conclui que a natureza é indenizatória, que é o entendimento majoritário, então o aviso prévio indenizado, fazendo jus a sua nomenclatura, é pago como restituição por um prejuízo causado pela parte contrária na relação trabalhista ao extinguir o contrato de trabalho por prazo indeterminado, sem justa causa. Não seria pagamento pelo trabalho prestado, mas mera indenização.

Outro motivo que reforçou a divisão entre duas correntes antagônicas foi o advento do Decreto nº 6.727/09 que revogou o art. 214, § 9º, inciso V, alínea “f”, do Decreto nº 3.048/99, que arrolava, como verba que não deveria integrar a base de cálculo para a contribuição previdenciária, o aviso prévio indenizado.

Mas será que a retirada do aviso prévio indenizado do rol das parcelas isentas de incidência de contribuição previdenciária estaria, de fato, traduzindo a intenção do legislador? Ou esta retirada foi mera necessidade de mantê-lo neste rol, visto a obviedade da sua isenção?

As contradições não cessam por aí. Surgem novas decisões judiciais que mencionam como forte argumento, para que haja contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, o art. 487, § 1º, da CLT, que dispõe que o aviso prévio deve ser sempre considerado para efeito de integração ao tempo de serviço. Desta forma, na execução das contribuições previdenciárias, o período correspondente ao aviso prévio indenizado deve ser considerado. Daí a importância da contagem do aviso prévio, ainda que indenizado, como tempo de contribuição para a previdência social. Nesse sentido, o aviso prévio indenizado seria definitivamente incluído no salário de contribuição.

A nova Lei nº 12.506/11, que finalmente regulamentou a proporcionalidade do aviso prévio, prevista na Constituição Federal desde 1988, no seu art. 7º, XXI, aumentou o tempo do aviso prévio para até noventa dias. Caso esse tempo não seja considerado para fins previdenciários, ou seja, caso não verta contribuições, pode acarretar um déficit enorme para a Previdência Social.

Apesar de todos os argumentos a favor da incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, não se pode ignorar sua nítida natureza indenizatória nem que o rol do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, não é taxativo, nem que o não arrolamento expresso do aviso prévio indenizado como parcela não integrante do salário de contribuição não conduz à inclusão automática dessa parcela no rol de parcelas que integram o salário de contribuição, nem que para se exigir a tributação sobre uma parcela, deve haver lei complementar específica, e muito menos todos os entendimentos jurisprudenciais, que prevalecem no sentido de que o aviso prévio indenizado não serve como base de cálculo para a incidência de contribuição previdenciária.

O trabalho conclui pelo entendimento da maioria, ou seja, de que é inexigível a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, apesar de o problema ser maior do que o aqui descrito. Enquanto a lei se mantiver omissa, o aviso prévio indenizado continua sendo acrescido ao tempo de serviço sem, contudo, verter contribuições à Previdência Social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Decreto nº 3.048/99. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 29 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. Processo nº 712.880. Segunda Turma. Relator(a): Eros Grau. Brasília, 26 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 800.517 AgR/RS. Primeira Turma. Relator(a): Luiz Fux. Brasília, 27 de março de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 278/MG. Tribunal Pleno. Brasília, 03 de dezembro de 2001; e MI 95/RR. Tribunal Pleno. Brasília, 07 de outubro de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Processo nº 478.410. Tribunal Pleno. Relator(a): Eros Grau. Brasília, 10 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 01367200507902000. Segunda Turma. Relator(a): Odette Silveira Moraes. Brasília, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <www.trtsp.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 01796200731202006 (20090801347). Oitava Turma. Relator(a): Sérgio Pinto Martins. Brasília, 12 de março de 2010. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 25075-2010. Segunda Turma. Relator(a): Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Brasília, 09 de maio de 2011. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Recurso Ordinário. Processo nº 1475-64.2011.5.18.0006. Primeira Turma. Relator(a): Aldon do Vale Alves Taglialegna. Brasília, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.trt18.jus.br>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 68600-56.2006.5.15.0152. Juiz Convocado Relator Flávio Portinho Sirangelo. 7ª Turma. Brasília, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 731300-97.2008.5.09.0028. Oitava Turma. Redator(a): Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, 11 de novembro de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Processo nº 76200-51.2006.5.15.0113. Relator(a): Maria de Assis Calsing. 4º Turma. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2013.

CASAGRANDE, Vinícius Magalhães; CASAGRANDE, Juliana Lemos Martins. *O Fenômeno da Incidência da Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001.

CATHARINO, José Martins. *Aspectos do Aviso Prévio no Direito do Trabalho*. 1. ed. Salvador: Fundação Gonçalo Moniz, 1953.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FATTINI, Fernanda Carolina. Lei n. 12.506/2011: O Aviso-Prévio Proporcional. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Diogo. *A Não Incidência da Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso-Prévio Indenizado*. Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça. Brasília, 22 mar. 2010. N. 17.107.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Forense, vol. II.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Aspectos Essenciais Sobre o Aviso Prévio na Justiça do Trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza, v. 27, n. 27, p. 35-73, jan./dez. 2004.

KERTZMAN, Ivan. A Polêmica da Incidência de Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado. *Revista Trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 74-79, jan./mar. 2009.

LOBATO, Valter; BREYNER, Frederico Menezes. *Não Incide Contribuição Sobre Aviso Prévio*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

MACHADO, Daniel Carneiro. *O Aviso Prévio Indenizado e a Ilegalidade da Incidência de Contribuição Previdenciária*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINHO, Claudia Gaspar Pompeo. *Aviso Prévio Indenizado: Incidência de Contribuição Previdenciária?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22120/aviso-previo-indenizado-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria#ixzz2RLGNvoAy>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. CD – *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. Brasília: LTr/Rede Brasil, 1999.

_____. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, Tomo II. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006.

_____. Contribuição Sobre o Aviso Prévio Indenizado. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 164, p. 109, maio 2009.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo I: Noções de Direito Previdenciário. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo II: Previdência Social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1972.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.

PACHER, Gustavo. *Da (In)constitucionalidade da Incidência da Contribuição Previdenciária com Base no Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em: <http://www.phmp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=589:da-inconstitucionalidade-da-incidencia-da-contribuicao-previdenciaria-com-base-no-aviso-previo-indenizado&catid=41:artigos&Itemid=173>. Acesso em: 25 abr. 2013.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. *Aviso Prévio Indenizado e a Data da Baixa na CTPS Sob a Ótica da OJ 82 da SDI-1 do TST*. Disponível em:

<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/aviso_ctps.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. *Cobrança de INSS sobre Aviso Prévio Indenizado – Legitimidade ou Abuso?*

Disponível em:

<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/inss_avisoprevio_indenizado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2013.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho: Sujeitos e Institutos do Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.

PORTO, Roberta Guasti. OJ n. 367 da SDI-1 do TST: Aviso-Prévio de 60 dias Concedido por Norma Coletiva. Efeitos. In: VIANA, Marco Túlio (Coord.). *O Que Há de Novo em Direito do Trabalho*, 2. ed., São Paulo: LTr, 2012.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *O Aviso Prévio no Direito do Trabalho*.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1972.

SOARES, Lirian Sousa. *A Ilegalidade da Cobrança de Contribuição Previdenciária Sobre o Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em:

<<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1309397/Aviso+pr%C3%A9vio>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. 1.

TORRES, Fabio Camacho Dell' Amore. *Princípios da Seguridade Social*. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35790&seo=1>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VONS, Deborah Koliski. *Verba Remuneratória e Indenizatória: Conceito, Espécies e Efeitos*.

Disponível em: <http://www.apej.com.br/artigos_doutrina_dkv_01.asp>. Acesso em: 17 abr. 2012.

VALER, Izanete Aparecida Teixeira. *Incidência da Contribuição Previdenciária sobre o Aviso Prévio Indenizado*. Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3966>. Acesso em 22 abr. 2013.

VIEIRA, Marli Soares Souto. [Sem título]. Disponível em:

<http://www.sindhong.org.br/uploaded_files/artigo_1_9.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2013.

WAKI, Kleber. *Legislação & Direito: O Aviso Prévio Indenizado e a Contribuição Previdenciária*. O Decreto 6727/09. Disponível em:

<<http://amatraxviii.blogspot.com.br/2009/01/legislao-direito-o-aviso-prvio.html>>. Acesso em: 23 abr. 2013.